

Revista de Derecho Penal

Publicación semestral

CONSEJO DE REDACCIÓN

EDGARDO ALBERTO DONNA

JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE

ROXANA GABRIELA PIÑA

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

MARÍA CECILIA MAIZA

SECRETARIA

ELEONORA WEINGAST

JURISPRUDENCIA ANOTADA

SANDRO ABRALDES GUSTAVO E. ABOSO

INÉS CANTISANI HORACIO DÍAS

GUSTAVO GÖERNER

RELACIONES INSTITUCIONALES

RICARDO PINTO

NATALIA BARBERO

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y TRADUCCIÓN

GUSTAVO E. ABOSO

SANDRO F. ABRALDES

ANDREA BARTOS

MARÍA DEL ROSARIO PICASSO

DIRK STYMA

MAXIMILIANO VACCALLUZZO

Es una publicación del INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
Junca 2736, 1º piso, B, (1425) Buenos Aires, Argentina

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Alemania

AMBROS, KAI
 BOTKE, WILFRIED
 DÖLLING, DIETER
 ESER, ALBIN
 FREUND, GEORG
 FRISCH, WOLFGANG
 GÖSSEL, KARL HEINZ
 GROPP, WALTER
 HASSEMER, WINFRIED
 HIRSCH, HANS JOACHIM
 HRUSCHKA, JOACHIM
 HUBER, BARBARA
 JAKOBS, GÜNTHER
 JEROUSSCHEK, GÜNTHER
 JOERDEN, JAN
 KÖHLER, MICHAEL
 KÜPPER, GEORG
 LUIE, HANS
 NAUCKE, WOLFGANG
 ROXIN, CLAUD
 SCHÖNE, WOLFGANG
 SCHÜNEMANN, BERND
 TIEDEMANN, KLAUS
 ZACZYK, RAINER
 ZIESCHANG, FRANK
 REGIS PRADO, LUIZ
 YÁÑEZ PÉREZ, SERGIO
 CHIRINO, ALFREDO

Chile

Costa Rica

España

ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO
 ARMENTA DEU, TERESA
 BACIGALUPO, ENRIQUE
 BACIGALUPO SAGGÉS, SILVIA
 BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL
 CERESO MIR, JOSÉ
 CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN
 DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA
 DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO
 DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS
 FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS
 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE
 GRACIA MARTÍN, LUIS
 HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE
 HORMAZÁBAL MATAÑE, HERNÁN
 JAÉN VALLEJO, MANUEL
 JORGE BARREIRO, AGUSTÍN
 LAURENZO COPELLO, PATRICIA
 LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL
 MIR PUIG, SANTIAGO
 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO
 OSTOS, JOSÉ MARTÍN
 POLAINO NAVARRETE, MIGUEL
 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA
 ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA
 SERRANO GÓMEZ, ALFONSO
 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA
 SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO
 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA
 VIVES ANTÓN, TOMÁS

Moreno Hernández, Moisés

Perú

Armaza Galdós, Julio E.
Olaechea, José Urquiza
Villa Stein, Javier

Suiza

Hurtado Pozo, José

Uruguay

Fernández, Gonzalo

Estados Unidos

Rotman, Edoardo
Fletcher, George

Italia

Ferrajoli, Luigi
Insolera, Gaetano
Di Lucia, Paolo
Mazzacova, Nicola

México

Daza Gómez, Carlos
Díaz-Aranda, Enrique

Aguirre Obarrío, Eduardo

Baigún, David

Basílico, Ricardo Angel

Böhm, Carlos

Bouyssou, Norma Isabel

Buompadre, Jorge E.

Butteler, José Antonio

Cafferata Nore, José I.

Camadro, Jorgelina

Chiara Díaz, Carlos Alberto

Creus, Carlos

D'Albora (h), Francisco J.

D'Alessio, Andrés José

Domínguez, Federico

Erбетта, Daniel A.

Fierro, Guillermo J.

García Vitor, Enrique

CONSEJO CONSULTIVO NACIONAL

Gemignani, Juan Carlos

Hendler, Edmundo Samuel

Ledesma, Angela

López González, Mirta

Malavud Gott, Jaime

Minatta, Omar Florencio

Navarro, Guillermo Rafael

Olaábal, Julio de

Pessoa, Nelson

Righi, Esteban

Romero, Gladys

Sandro, Jorge

Spolansky, Norberto Eduardo

Terragni, Marco Antonio

Tozzini, Carlos A.

Vitale, Gustavo L.

Zaffaroni, Eugenio Raúl

Revista de derecho penal 2004-1 : delitos contra la adm-
nistración pública I / dirigido por Edgardo Alberto Donna
- Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2004
704 p. ; 23 x 16 cm
ISBN 950-727-566-5
1. Derecho Penal - I. Donna, Edgardo Alberto, dir.
CDD 345

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

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

Resistencia y desobediencia a la autoridad, por GUILLERMO J. FIERRO 9

Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: Aspectos esenciales de su configuración. El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas: La identificación del bien jurídico protegido, por GUSTAVO EDUARDO ABOSO 31

Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad. Tres tipos penales parecidos, por SANDRO F. ABRALDES 61

El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad, por JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE 79

El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado, por JULIO CÉSAR DI GIORGIO 121

El derecho de resistencia, por DARÍO MARTÍN MEDINA 135

Malversación de caudales públicos y peculado, por CLAUDIO NAVAS RIAL y MARCELO ALVERO 223

El control del lavado de dinero y la cooperación penal internacional en el Mercosur, por RICARDO M. PINTO 267

JURISPRUDENCIA

Delitos contra la administración pública, por MARÍA CECILIA MAIZA 303

JURISPRUDENCIA ANOTADA

- Atentado y resistencia a la autoridad: Problemáticas abordadas
en el plenario "Palienko", por MERCEDES RUBIO 451
- El delito de concusión: dos casos jurisprudenciales,
por NATALIA BARBERO 455

ACTUALIDAD

- El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, juicio
rápido y prisión provisional, por TERESA ARMENTA DEU 463
- Ley de Estupefacientes alemana (BtMG),
por LEONARDO G. BROND 495
- Contra la pena de muerte, por ENRIQUE DÍAZ-ARANDA 551
- El menor infractor, con anomalías o alteraciones psíquicas,
en el proceso español, por M^a DEL PILAR MARTÍN RÍOS 573
- Notas sobre la vida y la obra científica del profesor Eberhard
Schmidhäuser (1920-2002), por MIGUEL POLAINO-ORTS 587
- Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión.
Sobre la supuesta accesoriidad y sobre solidaridad,
por JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES 613
- Prevención versus simbolismo en el Derecho Penal de las
biotecnologías, por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA 635
- 681

INDICE SUMARIO

Ricardo M. Pinto

Marcelo Alvero

Claudio Navas Rial

Darío Martín Medina

Julio César Di Giorgio

Javier Esteban de la Fuente

Sandro F. Abrales

Gustavo Eduardo Aboso

Guillermo J. Fierro

Doctrina

RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

por GUILLERMO J. FIERRO

SUMARIO: I. Reflexiones liminares. II. Breve introducción. III. Sujetos activos y pasivos. La cuestión de los destinatarios de la orden. IV. Las modalidades de tiempo y lugar. Tentativa. V. El problema del concurso en la resistencia a la autoridad. Distintas hipótesis. VI. El aspecto subjetivo en ambas figuras. VII. El legítimo ejercicio de las funciones. VIII. La problemática en el Derecho Administrativo. IX. La facultad del destinatario (*extraneus*) para examinar la legalidad de la orden. X. La esencia del tema que nos preocupa. XI. El debate histórico de la cuestión en el Derecho Penal. XII. La excepción de las decisiones judiciales. XIII. El vicio de ilegitimidad. XIV. Conclusiones.

I. Reflexiones liminares

En alguna oportunidad anterior, refiriéndonos a la obediencia debida, manifestamos que existen algunos temas de naturaleza altamente polémica que, sin ser ni remotamente uno de los temas centrales del Derecho, han apasionado a los juristas desde antaño¹. Y no es casual que esa situación también ocurra con el delito de resistencia a la autoridad —lo que nos lleva a tener que reiterar muchos argumentos ya

¹ FIERRO, Guillermo J., *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1984, Prólogo a la 1ª ed., p. XIII, y también agregábamos: "...naturaleza ésta que deriva directamente del fondo político que subyace en su esencia y de los mil pliegues y repliegues que conforman su estructura. Es, por añadidura, uno de los topes a las posibilidades de desenvolvimiento lógico y coherente que nos presenta un sistema normativo determinado, tope que nos señala un límite, el cual, una vez traspasado, nos hace incurrir en flagrantes contradicciones lógicas..."

A mero título introductorio antes de ingresar en el meollo de la más acotada cuestión acerca de la cual particularmente nos interesa reflexionar, trataremos muy escuetamente de sentar algunos aspectos previos muy importantes que necesariamente requieren algún desarrollo antes de arribar a nuestra meta y que han preocupado a la doctrina y jurisprudencia, pero que son un tanto colaterales con relación al punto último que concita nuestro interés. Uno de ellos es aquel—que comparto—que diferencia el atentado de la resistencia a la autoridad, cuando la distinción en el aspecto temporal, esto es, en tanto el primero es anterior pues ataca la libre determinación del funcionario en el ejercicio de sus funciones tratando de imponerle una decisión, la segunda recién se configura cuando la oposición activa se manifiesta en la etapa ejecutiva de una determinación ya tomada con antelación libre de presiones y condicionamientos. De ello se infiere que cuando la decisión del funcionario comienza a ejecutarse, ya no es posible el atentado y si la resistencia. Por su parte, esta última no debe ser confundida con la desobediencia, pues la ley en el artículo 239 del ordenamiento punitivo ha efectuado una equiparación *quod poenam* y no *quod delicto*, de suerte tal que no deben confundirse o superponerse ambas figuras, que son diferentes y autónomas. La desobediencia no supone un comportamiento activo para impedir o frustrar el cumplimiento de la acción requerida o prohibida, sino que la actitud del destinatario es menos beligerante y se contenta con omitir el hacer o

II. Breve introducción

expuestos—, habida cuenta del estrecho parentesco que tiene esta figura del artículo 239 del Código Penal con la eximente antes mencionada que, por lo general, es su contracara, vinculaciones que en alguna medida también se extienden a su pariente menor, la desobediencia a la autoridad. Una vez inmersos en el tema que nos ocupa, nos es dable descubrir la infinita riqueza que él tiene en razón de las múltiples situaciones y combinaciones de ellas que es posible construir, las que parecen no tener otros límites que los de la propia imaginación. De allí, pues, la atracción que seduce por igual a los penalistas y a los cultores del Derecho Administrativo con relación a este tema.

no hacer lo que se le manda². Según Soler, en el atentado se *impone* un hacer, mientras que en la resistencia el sujeto se *opone* al cumplimiento de una resolución³, y en la desobediencia el sujeto sencillamente no acata lo que la autoridad pública le comina a realizar⁴. De todos modos, es manifiesto que lo que la ley tutela es el normal funcionamiento de la administración pública que requiere necesariamente de la libertad de determinación y actuación del funcionario en el cumplimiento de sus funciones, sea en su etapa decisoria previa o, más allá, cuando se trata de obstruir activamente la puesta en marcha de esa decisión o se rehúsa al acatamiento a la misma.

III. Sujetos activos y pasivos. La cuestión de los destinatarios de la orden

Otro importante aspecto inherente al tema reside en establecer cuáles son los sujetos pasivos y activos de ambas figuras que examinamos, los que se encuentran contemplados en el precepto antes individualizado, siendo los primeros aquellos funcionarios públicos (arts. 77 y 240, Cód. Pen.) encargados de ejecutar la orden—sea en calidad de

² En el Anteproyecto Soler, luego convertido en Proyecto del Poder Ejecutivo del año 1960, dentro del título de *Delitos contra la autoridad pública*, en diferentes artículos se consagraban las distinciones que hemos mencionado y así el atentado consistía en: "...el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público para imponerle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones..."; la resistencia consistía en el empleo de: "...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 impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones..." y, por último, la desobediencia se configuraba cuando se: "...desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones...". Cfr. igualmente Cámara del Crimen de la Capital Federal, plenario "Palienko, B.", L. L. 49-125.

³ La expresión que ha tenido particular fortuna proviene de Ambrosoli, que la manifiesta en una de las sesiones del mes de marzo de 1868 en la comisión que estudiaba la modificación al Código Penal italiano; cfr. CARNELLI, Lorenzo, *El atentado y la resistencia a la autoridad. Semelanzas y diferencias*, nota a fallo en L. L. 20-562.

⁴ CARNELLI, ob. cit., p. 559: "...Hay, como especifican los autores en un caso impositivo; en el otro oposición. De ahí, que lógicamente, lo creado subsiga a su causa creadora; como también que el objeto a destruir se anticipe a su causa destructiva, desde que no podría destruirse lo que no existe..."

jefe o subalterno—y, en su caso, también la persona que le prestare asistencia a requerimiento de los agentes públicos; mientras que autor de la resistencia puede ser cualquiera—inclusive un funcionario contra quien se dirige el procedimiento o que actúa como un tercero para impedirlo—, a diferencia de lo que ocurre en la desobediencia, en la cual la *autoría* se circunscribe exclusivamente al o a los individuos destinatarios de la orden, esto es, aquel o aquellos que deben obedecerla sin perjuicio de la actividad desplegada por los partícipes que pudieran intervenir en el hecho⁵. Si quien se resistiere fuese un funcionario público, podrá incurrir, en su caso y conforme a las particularidades del hecho, en otra figura típica calificada prevista por el artículo 251 del Código Penal⁶. Debemos estar siempre en presencia de una orden, es decir, un mandato concreto y determinado, mas no de un deber genérico legal dirigido a personas indeterminadas a actuar con arreglo a la función desempeñada, como ocurriría en el supuesto del artículo 248 *in fine* del Código Penal y, eventualmente, con el 249 del citado ordenamiento legal. En este y otros aspectos vinculados con el tema desarrollado es menester ser muy cuidadoso, pues existe una vasta red de disposiciones que entrelazan deberes y castigos, pudiendo en algunos casos superponerse aparentemente.

Lo antedicho quizás esté necesitado de alguna precisión mayor. En el caso de la resistencia a la autoridad, es imprescindible que exista una orden en sentido estricto⁷—entendida ésta como el mandato verbal o escrito impartido para que el destinatario haga o deje de hacer tal o cual acción—, pero no es necesario que el autor de la infracción sea ineludiblemente el destinatario de la medida ejecutada. Piénsese en un

⁵ Todas las formas de la participación criminal son admisibles, pues se puede ser coautor, cómplice primario, cómplice secundario o instigador.

⁶ MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, act. por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 311.

⁷ En líneas generales, entendemos por *orden* la afirmación de voluntad de la autoridad que inviste el funcionario, es decir, la expresión del órgano, y no como una mera manifestación privada y particular del individuo. En tanto la ley, los decretos y resoluciones, etc., constituyen una voluntad *objetivada* y por su naturaleza necesariamente general, abstracta e hipotética que establecen reglas de conducta con destinatarios indeterminados, la orden origina una relación directa y concreta entre el funcionario que la impone y el ciudadano que la recibe.

oficial de justicia que procede al secuestro de un automóvil perfecta-mente individualizado que se encuentra estacionado en la vía pública y en el transcurso de su actividad es atacado por familiares y vecinos del titular del rodado, ajeno a los hechos y ausente en el episodio. Ni siquiera es imprescindible que sea individualizada la persona del des-tinatario, pues en una medida como la del ejemplo que se ejerce puede limitarse a individualizar cosas y no personas⁸ (por ej., arts. 231 del CPN; 228 del Cód. Pen. de Santa Fe, etc.). Este enfoque nos lleva a discrepar con Soler⁹ y también con Donna¹⁰, que en el punto sigue al primero, pues entienden que: "...Si no hay orden ni destinatario, no hay resistencia (ni desobediencia) posible y las imposiciones contra el funcionario constituyen atentado..."; para luego agregar como pre-supuesto de la resistencia (p. 136): "...que se concreta en una disposición ejecutable contra *alguien*...", pues entendemos, como se dijo antes, que el destinatario concreto puede no existir y, sin embargo, el rechazo violento de terceros a la acción del funcionario constituye resistencia a la autoridad. Esta afirmación adquiere mayor claridad si tenemos en cuenta el ejemplo que suministra Creus¹¹ y suponemos que para hacer

⁸ A diferencia de lo que expresaba el texto anterior que requería que la intimidación o fuerza se empleara contra un funcionario público para impedir o trabar el ejercicio de un acto propio de sus funciones, en virtud de ello autores como Tozzini afirmaban que no constituía resistencia cuando la fuerza se dirigiera hacia las cosas, pero con el texto actual parece defendible la tesis de Fontán Balestra que admite la configuración del delito cuando media fuerza sobre las cosas.

⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 4ª ed. act., Tipográfica Editora Ar-entina, Buenos Aires, 1987, t. V, p. 128. También MOLINARIO y AGUIRRE OBA-RRIO, ob. cit., t. III, p. 313. Encontramos que la afirmación de Soler, que es válida en lo que concierne a la desobediencia, aparece en alguna medida contradictoria en cuanto refiere a la resistencia, pues en el ejemplo de la tala de árboles que mencionamos luego la decisión del funcionario ya fue tomada con anterioridad y la oposición se presenta en la etapa ejecutoria y contra otras personas diferentes al que decidió la medida.

¹⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 63, quien, además, coincidiendo con Tozzini, refiere en la p. 37 solamente tres casos y el citado en el texto constituiría un cuarto.

¹¹ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 45, autor que cita a NÚÑEZ, Ricardo, *Atentado y resistencia a la autoridad*, en J. A. 1970-336, sec. doct., que señala: "...Todo el curso de la actividad tendiente a la ejecución del acto funcional, cualquiera que sea el destinatario de ella y aunque

una ruta la administración dispone talar parte del arbolado público que obstaculiza el trazado de la misma y al querer ejecutarse la decisión por el personal de vialidad vecinos no individualizados de antemano se oponen violentamente a la medida y a los agentes policiales que los acompañan. Ciertamente, no hay destinatarios concretos de la orden (salvo los propios funcionarios que deben ejecutarla) y tampoco puede decirse que la tala va enderezada contra *alguien* (con excepción de un interés difuso), habida cuenta de que se trata del arbolado público.

IV. Las modalidades de tiempo y lugar. Tentativa

En lo que concierne a las modalidades de tiempo y lugar, si coincidimos en cuanto se sostiene que la resistencia recién es posible cuando se comienza a ejecutar por parte del funcionario la orden que lleva implícita la medida oportunamente dispuesta. Antes de ello no hay resistencia posible, pues nadie se puede oponer a algo que todavía no comenzó, no se puede resistir sino a una actividad en curso, no se puede rechazar lo que todavía no es, y ese lapso durante el cual puede cometerse el delito se prolonga durante todo el transcurso que insuma la realización de la tarea iniciada y hasta su conclusión, vale decir, cuando la actividad funcional del agente público ha cesado, corresponsando agregar que dicha oposición activa puede cometerse en lugar físico distinto a aquel en donde ella debe materialmente llevarse a cabo, toda vez que el enfrentamiento puede tener lugar en las inmediaciones. Lo antedicho nos conduce a tener que determinar si durante ese período que demanda la ejecución es posible admitir un desarrollo incompleto o frustrado por cuanto la oposición activa que despliega el autor no logró alcanzar su meta por circunstancias ajenas a su voluntad, esto es, si es factible cometer una tentativa, y la respuesta no puede ser sino negativa, toda vez que la figura no castiga a quien mediante intimidación, fuerza u otro medio (art. 78, Cód. Pen.)¹² impida

carezca de dirección personal inmediata, es susceptible de ser impedido o trabado, porque la interferencia intimidatoria o con uso de la fuerza por un tercero en su desarrollo, puede impedir o entorpecer la acción del funcionario..."
¹² FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, t. VII, p. 155, rechaza otro tipo de medios como podrían serlo la astucia, el engaño o la persuasión.

que se concrete una decisión de la administración, sino que lo típica-mente reprochable es *ejercer* contra el funcionario fuerza o intimidación¹³, con abstracción de si el que se opone tiene éxito y el propósito de esa acción típica se perfecciona o no. Ello así, por cuanto el delito se consuma en el momento y lugar en donde el autor ha exteriorizado la violencia o intimidación. También resulta indiferente para la consumación de la infracción que la resistencia mediante fuerza o intimidación sea usada para oponerse temporal o definitivamente, parcial o totalmente, a la medida ejecutada (por ej. resistirse al secuestro de una cosa y no hacerlo con las demás). El aspecto temporal en relación a la desobediencia y a los fines de fijar el momento de la consumación del delito no ofrece dificultades cuando la orden establece concreta-mente el plazo para su cumplimiento, ya que será al vencimiento del mismo que éste se perfecciona, pero esos problemas si se presentan cuando ello no ocurre o se trata de algo ambiguo o insuficiente. Tra-tándose de un delito doloso, no se puede sostener culpa o negligencia por no haberse interiorizado suficientemente acerca de la extensión del plazo no consignado o defectuosamente indicado.

V. El problema del concurso en la resistencia a la autoridad. Distintas hipótesis

En primer término, debemos puntualizar que es mayoritaria la in-terpretación acerca de que el artículo 238 del ordenamiento punitivo en su texto actual describe formas de calificación del atentado a la autoridad y no se las vincula a la resistencia, tal cual lo hacía el régimen del decreto-ley 17.567¹⁴.

Ello sentado, si bien no necesariamente tiene que ser así, pues puede haber resistencia sin producirse lesiones (intimidación, forcejeos, etc.), resulta muy frecuente que la violencia desatada genere algún

¹³ CREUS, ob. cit., ps. 11 y ss. y 37, desarrolla con cierta extensión los conceptos de fuerza e intimidación y pone de relieve que, a veces, el ejercicio de una fuerza leve e indolosa puede ser el pretexto para ocultar un incumplimiento de funciones exigibles. Véase igualmente TOZZINI, Carlos A., *Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Nº 1, enero-marzo de 1969, p. 57.

¹⁴ DONNA, ob. cit., t. III, p. 50.

tipo de heridas que, como es obvio, pueden ser de diferente magnitud y también llegar hasta la muerte del funcionario o tercero que le preste ayuda. Cabe preguntarse si ese tipo de consecuencias producidas por la acción del resistente constituye una agravante (art. 238, Cód. Pen.) o concurre con la infracción examinada¹⁵ o, por el contrario, están abarcadas en el tipo que nos ocupa y, en su caso, en qué medida. Entendemos, en sintonía con un importante sector de la doctrina, que la violencia a la que se refiere el artículo 239 de la ley penal, en tanto trascienda como hecho que el Código erige en delito autónomo en otras disposiciones del mismo, concurre real (Solér) o idealmente (Núñez)—según sea el caso—con la figura de la resistencia, con las salvedades que menciona Solér¹⁶. Y así se sostiene, por ejemplo, que si con motivo de la resistencia a la autoridad el funcionario público es objeto de agresión con armas (art. 104, Cód. Pen.), automáticamente funcionan las reglas generales del concurso de conformidad a las reglas de los artículos 54 o 55 del digesto penal.

VI. El aspecto subjetivo en ambas figuras

En su aspecto subjetivo, la resistencia a la autoridad es un delito doloso¹⁷, que necesita que el agente reconozca a quien le da la orden de hacer o no hacer algo como a un funcionario público en el legítimo

¹⁵ CCort. de Córdoba, 20-5-40, "S., M. E.", L. L. 20-559: "...La lesión leve que se afirma causó el procesado al guardar en el acto de la resistencia constituiría un delito concurrente susceptible de agravar la pena aplicable, pero no de cambiar la calificación del hecho con motivo u ocasión del cual se habría cometido..." Por su parte, DONNA, ob. cit., t. III, p. 57, refiriéndose a la hipótesis del inciso 4º del artículo 238, pero que entendemos es aplicable al supuesto que nos ocupa, manifiesta que: "...Desde el ángulo subjetivo, el dolo del autor no debe abarcar la idea de herir o matar al funcionario, por cuanto ella excede los límites de la agravante, para concluir en un concurso entre la figura básica y la de homicidio o lesiones..."

¹⁶ SOLER, ob. cit., t. V, p. 144: "...en modo alguno tiene capacidad para absorber los hechos de lesiones que trasciendan de las meras equimosis y rasguños, que puedan ser considerados el resultado normal del hecho de poner manos con energía sobre alguien..." En idéntico sentido DONNA, ob. cit., t. III, p. 57, del mismo modo que trata similar cuestión con las violencias llevadas a cabo en el robo, cit. t. II-B, p. 129.

¹⁷ CERREZO MIR, José, *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*, en *Temas fundamentales del Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 267, acepta la forma culposa en algunos casos.

ejercicio de sus funciones y que, además, se encuentra autorizado para ello, no obstante lo cual se resiste por medio de la fuerza o intimidación a obedecer. Es admisible la figura del dolo eventual¹⁸. El tema es harto delicado y el error puede cobrar un papel más que relevante, pues, como ya quedó dicho, éste puede versar sobre muchos aspectos¹⁹, tales como la misma calidad de funcionario del sujeto que le ordena una determinada acción (ver infra el caso del capitán de Köpenick); que lo ordenado se encuentre dentro de las funciones que le competen llevar a cabo a ese funcionario auténtico (el director de la Escuela de Capacitación en la Función Pública no puede ordenarle a un particular que desaloje su vivienda por algún motivo que le indica); la naturaleza legítima del contenido de lo ordenado (que el agente de policía obligue a un transeúnte a que cargue unos muebles hacia su vivienda particular); que él o ella tengan efectivamente la obligación de obedecer ese particular mandato (que el agente policial requiera a una señora con un avanzado estado de embarazo o a un anciano de mucha edad con dificultades para desplazarse que le acompañen en la persecución de unos jóvenes delincuentes armados), etcétera. En síntesis, si el funcionario era tal, su actuación estaba dentro de sus funciones, lo ordenado era legítimo y no abusivo, y el destinatario de la orden estaba efectivamente obligado a acatarla, pero yerra sobre alguno de los aspectos mencionados y la resiste, la equivocación puede, no obstante, resultar admisible, porque siendo que el dolo además de conocimiento también requiere la voluntad encaminada a resistir pese a saber que el Derecho no lo ampara, el magistrado deberá ponderar cuidadosamente la entidad y verosimilitud de la errónea creencia que alegue el presunto infractor,

¹⁸ CERREZO MIR, ob. cit., p. 266: "...No es preciso, en este sentido, un conocimiento exacto por parte del autor. Basta 'una valoración paralela en la esfera del profano' (Mezger) o 'un juicio paralelo en la conciencia del autor' (Weizel). Basta en todo caso el dolo eventual..."

¹⁹ Una cuestión frecuente es la que se presenta cuando el agente policial o el inspector de tránsito pretende secuestrar el carné para conducir automotores de un presunto infractor. Un viejo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 10-8-56, dictado en la causa "Jorge Martínez Seiber", en *Fallos*: 235:597, declaró la inconstitucionalidad de esa medida y es así que las leyes y reglamentos de tránsito posteriores dispusieron enfáticamente la prohibición de tomar esa medida, pero también sentaron la excepción a esa prohibición. Así, la ley 24.449 las establece en el artículo 72, inciso b, y, además de ellas, también procede el secuestro cuando lo dispone la autoridad judicial.

situación que no difiere de los demás casos en que se invoque la causal de inculpatibilidad señalada. Diferente es el supuesto en que el sujeto no esté equivocadamente persuadido de que no tenía la obligación de cumplir lo que se le ordenaba, pero tenía *dudas* acerca de ello. En tal caso, corresponde aplicar la regla general de que quien no obstante dudar actúa, obra con dolo. Para llevar a cabo esta evaluación subjetiva juega también un rol importante la presunción de legitimidad de los actos del funcionario.

No es idéntica, empero, la situación en cuanto a la desobediencia que si requiere, para configurarse, la existencia del conocimiento efectivo de la orden por parte del concreto destinatario de la misma, y este tema es relevante en orden a la culpabilidad del presunto renitente, motivo por el cual debe concluirse que las notificaciones fictas no son aptas para tener por consumado el hecho en materia penal, por cuanto es menester incluir, además, el eventual infractor haya sido personal y directamente interiorizado del contenido de la orden que debe satisfacer y de su obligación y posibilidad de hacerlo, pues siempre, claro está, debe tenerse presente que sólo delinque el que no obedece la orden pudiéndola cumplir, y en ese sentido no se desobedece para la ley cuando media una causa mayor inevitable que impide ejecutar el mandato impartido.

Esta situación nos muestra —con relación a la desobediencia— que el acto de mando es bilateral y conlleva la alteridad. En efecto, si bien existe un acto de mandar, que es unilateral y emana de la persona que ordena, siempre se trata de una *relación* que debe entablar entre el que manda y a quien se manda, pues un acto de mando sin destinatario de lo mandado —o sea el mero acto unilateral sin la relación consiguiente— carece de todo sentido, ya que no es imaginable, salvo en un manicomio, que alguien mande algo sin tener a la vista a la persona que se manda hacer ese algo. Claro está que es posible que esa relación haya sido tomada en cuenta o lisa y llanamente supuesta, pero que se frustrase por no tener acogida en el destinatario, es decir que el acto unilateral resultó impotente para generar la relación de mando. De todos modos, la orden en sentido genérico, sean los que fueren los términos que la expresen (mandato, decisión, requerimiento, etc.), es el vehículo mediante el cual se transmite la voluntad del órgano. Sin el, no hay posibilidad de prestar obediencia, pues, por una parte, no

pueden adivinarse los pensamientos de quien la imparte y, por la otra, si a tal vehículo se le priva de la nota de *imperatividad*, semánticamente comprendida en el concepto mismo de "orden", que supone, a su vez, una *potestas* por parte de quien la emite, no existirían sino deseos, consejos, instrucciones o indicaciones. Por último, poco importa en el caso que quien da la orden a su vez la haya recibido de otro que no se encuentra presente en el momento.

Cabe agregar, además, que dentro de nuestra sistemática republicana la facultad de mando y su correlativo deber de obediencia vale o puede ser exigido, respectivamente, en cuanto exista un soporte legal que afirme la pretensión o fundamente la obligación y ambas facetas de la misma cosa derivan de un criterio esencialmente objetivo, y de allí, pues, es que la ley penal dice con toda claridad que el funcionario público debe actuar en el *legítimo ejercicio de sus funciones*, pues cuando no lo hace y actúa por su cuenta, no estando en funciones o siendo incompetente para actuar, no es objeto de protección especial alguna. Por ello, quien carece de toda competencia y tampoco puede ser asimilado a la persona que ayuda a requerimiento del funcionario autorizado ha de ser considerado como un simple particular y es pasible de ser objeto de la legítima defensa por parte del afectado. Rodríguez Devesa²⁰, por su parte, distingue esta situación de aquella otra en la que el funcionario actuante no es incompetente, sino que sólo actúa abusivamente, entendiendo que no pierde la calidad de funcionario aunque su acto pueda ser cuestionado posteriormente.

VII. El legítimo ejercicio de las funciones

Para encontrar una respuesta adecuada a la decisiva exigencia de que el actuar del funcionario debe serlo en el legítimo ejercicio de

²⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español. Parte especial*, 8ª ed., Madrid, 1980, p. 837. Por su parte, MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, trad. de la 5ª ed. italiana por José J. Torres, Temis, Bogotá, 1954, vol. III, p. 273, señala que no se presenta el vicio de la ilegitimidad en aquellos casos en que sin haber violación de la ley propiamente dicha, el acto constituye un ejercicio abusivo de funciones discrecionales, que no pueden ser materia de inspección de legítimidad. El acto, sin ser ilegal, es incorrecto y hay ocasiones en que la causa del abuso se debe a un celo excesivo.

sus funciones incluidas en el precepto, en la mayoría de los casos habrá que bucear en las aguas del Derecho Administrativo y también en el Proceso, no pudiéndose olvidar que los delitos que estamos considerando se encuentran ubicados sistemáticamente en el título que atrapa a aquellas acciones punibles cometidas en perjuicio de la administración pública, no obstante que, como lo señala Soler²¹, las infracciones consignadas en ese título exceden al concepto técnico de la administración pública *stricto sensu*. Por ello, muchas veces será necesario recurrir a las reglas del Derecho Administrativo para saber si estamos en presencia de un legítimo ejercicio de las funciones y, en otras, será el Derecho Procesal, tanto Penal como Civil, la disciplina que regulará los innumerables actos de fuerza susceptibles de ser resueltos por los particulares. En efecto, el deber de obediencia, que resulta una consecuencia natural de la existencia misma del régimen jerárquico que impera en la administración pública con relación a sus propios integrantes (*intraeas*), se extiende también como órgano de la actividad del Estado para con los particulares (*extraeas*) y ha merecido de los cultores del Derecho Administrativo un afinado análisis, por lo que remitimos al lector a la muy amplia y excelente literatura existente en la materia, pues excedería los límites de este modesto artículo el desarrollar esa vasta temática, pero a los fines que nos interesan es suficiente con mencionar un elemento particular que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y extranjera tiene bastante acogida, el cual reside en la tesis de la presunción de legitimidad del acto administrativo²², aspecto que puede incidir, y mucho, en la apreciación *ex ante* del acto que se quiere ejecutar.

²¹ SOLER, ob. cit., t. V, p. 122: "...De tal modo, resulta manifiesto que la expresión está empleada más que para designar a la 'administración', para referirse al *normal*, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en todas sus ramas de los tres poderes. Ese es el bien jurídico protegido..." Por su parte, MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 292, ponen de manifiesto que la concepción actual hipotética de la "administración pública" se la debemos a la legislación impulsada por el emperador Napoleón.

²² GORDILLO, Agustín A., *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 120, restringe con razón la presunción antedicha, pues estima que sólo deberían gozar de esa presunción los actos anulables cuyo vicio no es evidente, mas no los que sean nulos y exhiban un vicio manifiesto.

VIII. La problemática en el Derecho Administrativo

Tangencialmente, por otra parte, también es conveniente poner de resalto que en el ámbito interno de la administración, en algunas ocasiones el Derecho positivo le confiere al ejecutor de la norma individual (orden) una facultad de poder examinar la regularidad o no de la norma, mas no un derecho de decisión acerca de si ella es efectivamente irregular, tratándose el que formula el agente de un examen provisional y sujeto al pronunciamiento definitivo del superior. En efecto, el subordinado no solo tiene mucha o poca posibilidad de examinar la legalidad formal e intrínseca de la orden y en el campo del Derecho Penal común debe rehusarse a ejecutarla si advierte que ella es esencialmente ilegal, sino que también debe considerar si le compete funcionalmente obedecer la misma, pues bien puede ocurrir que el tenga competencia originaria y propia para decidir respecto de la materia, o que la orden recibida no satisfaga, a su vez, aspectos formales ineludibles (en algunos casos deben ser volcadas por escrito, por ejemplo el art. 143, inc. 4º del Cód. Pen.), o que sin tener el inferior competencia originaria, tampoco la tiene el superior que le impartió la orden, o sencillamente se trata de un impostor, siendo aquí pertinente recordar el célebre caso del capitán de Köpenick²³. De lo antedicho se deduce que existen actos administrativos

²³ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *La obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, separata del N° 3 de la *Revista Española de Derecho Penal Militar*, Madrid, 1957, ps. 9/110: "...Köpenick es una ciudad hoy agregada a Berlín que se encuentra en la confluencia de los ríos Spree y Dame. El protagonista del hecho fue un zapatero y se llamaba Wilhelm Voigt. El 17 de octubre de 1906 se puso un uniforme de capitán del primer regimiento de a pie de la guardia, recogió en los alrededores de Berlín dos pequeños grupos de soldados a quienes puso bajo su mando e hizo creer que había que realizar un servicio importante. Con ellos se encaminó hacia el Ayuntamiento de Köpenick a cuya entrada dejó dos puestos. Con el resto, unos diez o doce hombres, entró encontrando al secretario, al que mandó a su despacho, colocando un soldado en la puerta con orden de no dejarlo salir. Seguidamente se dirigió al despacho del Alcalde, que era capitán de la reserva, comunicándole que estaba arrestado y que tenía órdenes superiores de conducirlo a la guardia de prevención de Berlín. Preguntó el interesado por el mandamiento de arresto y le rogó que se identificase. Contestó Voigt que su legitimación era la tropa que mandaba y que en Berlín le darian todas las explicaciones que pedía. Dejó con él dos soldados para que lo vigilaran y, seguido por el resto de su tropa, buscó al depositario de los fondos del Ayuntamiento, comunicándole que la caja quedaba cerrada y que debía entregarle el saldo que hubiera, y

trativos nulos por cuanto ni siquiera fueron ejecutados por la autoridad, y otros que son anulables, ya sea por defectos de forma o por no haberse seguido el procedimiento reglado para llevarlos a cabo, y estas y otras muchas posibilidades diversas dan lugar a una muy rica casuística que habrá que examinar en cada caso.

IX. La facultad del destinatario (*extraneus*) para examinar la legalidad de la orden

Pero en el supuesto del súbdito (*extraneus*), que es en realidad el que nos ocupa, la sumisión del receptor al emisor del mandato se basa únicamente en el mero sometimiento por imperativo del ordenamiento jurídico, sin que medie subordinación orgánica o funcional alguna, pero ello no es óbice para que no se le pueda exigir al ciudadano por parte de los poderes públicos el cumplimiento de una serie de actuaciones tendientes a satisfacer las necesidades legítimas de una comunidad altamente estructurada como la que tenemos, en tanto y en cuanto ese mandato tenga una habilitación legal previa que autorice a la administración a exigir el contenido de la orden. Por otra parte, hay que tener presente que el deber de obedecer no puede constituir un fin en sí mismo, dado que tal deber no es más que un valor referencial, es decir, necesita la existencia de un fin —en este caso de naturaleza legítima— para poder ser aprehendido y respetado como un valor. Asimismo, está claro que al particular ningún precepto le priva de su facultad de examinar si el mandato que se le imparte es o no conforme a Derecho —salvo con respecto a las decisiones judiciales—, no solo en el aspecto puramente formal (competencia propia o derivada del agente, que las formas exigidas hayan sido satisfechas reuniendo los signos de autenticidad como las firmas y sellos, etc.) sino también en orden a una legalidad sustancial. El ámbito de libertad para actuar es mucho más amplio, pero siempre, claro está, asumiendo los riesgos que entraña una equivocación.

como le exigiese un recibo, lo firmó, llevándose de este modo 4.000 marcos. Concluida la operación, adoptando siempre formas militares, mandó a los soldados que condujeran al alcalde detenido a Berlín. El suceso tuvo gran resonancia y entró en la literatura con la obra teatral de Zuckmayer *Der Hauptmann von Köpenick*...”

X. La esencia del tema que nos preocupa

Así, gradualmente transitamos el camino que nos lleva al aspecto central de nuestro discurso, que apunta a establecer más allá de *cundo* un sujeto comete el delito de resistencia a la autoridad y, por tanto, debe ser objeto del reproche penal, el abordar la problemática específica de la resistencia al acto ilegítimo de la autoridad, es decir, qué consecuencias trae aparejada esa oposición activa a una orden ilegítima y cuál es el fundamento legal para arribar a una conclusión, después de tan largo camino dogmático la tesis de la atipicidad del actuar de quien se resiste o, según otros, que la acción sería típica, pero justificada por legítima defensa. Advuértase que por su naturaleza y sentido esa especial situación no se presenta en punto al delito de desobediencia, pues ella por definición no entraña ninguna oposición activa al accionar del funcionario ya que se trata de un delito de omisión en tanto lo ordenado sea un hacer o de omisión impropia (por comisión), cuando el mandato impone una abstención. En este caso, la desobediencia a la orden ilegítima ninguna consecuencia penal puede acarrear.

La cuestión hunde sus profundas raíces en la filosofía jurídica y adquiere su actual significado a través de los tiempos. El período del Renacimiento y de la Reforma aceleró un movimiento intelectual que tenía sus antecedentes en la segunda mitad de la Edad Media y a partir de la consolidación del liberalismo en el siglo XVIII es pertinente señalar lo que manifiesta en su obra John H. Hallowell, cuando dice: "...El postulado esencial del liberalismo integral es el valor absoluto y la dignidad de la persona humana. Ahora bien, si los individuos son entidades morales, iguales en valor, ellos no pueden someterse a ninguna voluntad arbitraria o caprichosa. Hacer esto, sería negar su igualdad moral, negar la dignidad que ellos poseen como seres humanos dotados de razón. Pero si la autoridad es necesaria para el orden social ¿cómo pueden ser ambas reconciliadas? El liberalismo respondió que el individuo sólo puede someterse a una autoridad que sea impersonal, objetiva y eterna. No puede someterse a la voluntad de otro individuo ni a cualquier autoridad arbitraria. La única autoridad a la cual el individuo puede someterse sin mengua de su igualdad y dignidad, es

a la autoridad impersonal de la ley...²⁴ El liberalismo integral, como doctrina política derivada lógicamente del individualismo, implicaba por esto la creencia de que el sano control social es asegurado mejor por el Derecho que por órdenes del soberano o de quien éste delegue su autoridad, pues la ley, las reglas impersonales, deben estar siempre por sobre la autoridad. Los hombres son concebidos como sometidos por ellos mismos a la ley, porque ellos así lo consienten y es esa conciencia propia la que los compele a hacerlo así, pero esta creencia fue desdebuñándose proporcionalmente a medida en que crecía el concepto del Estado a expensas del individuo. Los hombres paulatinamente dejaron de someterse voluntariamente también a la ley y comenzaron a ser compelidos a hacerlo.

El tema también se inscribe en el eterno conflicto suscitado entre la autoridad y el individuo, entre los derechos y facultades que todos

tenemos como ciudadanos de una república frente a la exigencia que impone el bien común y la seguridad general. La cuestión, en definitiva, reside en saber y poder establecer el límite justo a la libertad individual, que debe ser la regla y su límite la excepción, y la historia nos demuestra irrecusablemente que ese antagonismo al cual nos hemos referido no puede ser zanjado inclinandonos excesivamente por uno de los extremos de la opción. En este sentido nos inclinamos por la solución kantiana que consideraba a la libertad como un fin y a la restricción como un medio, de modo tal que se consagraba una completa libertad en tanto y en cuanto no fuera indispensable imponer una restricción necesaria para permitir el pleno despliegue de las libertades ajenas y asegurar, de tal forma, la más amplia libertad de todos²⁵.

²⁴ HALLOWELL, John H., *La decadencia del liberalismo como ideología*, trad. de Salvador Dana Montaña, Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1949, p. 7. Es, en esencia, el pensamiento enunciado por Cicerón: "...servi legum summus ut liberi esse possimus..." (somos esclavos de las leyes para poder ser libres), y de Voltaire: "...La libertad existe cuando se es independiente de todo, excepto de la ley..." VOLTAIRE, *Pensées sur l'administration publique*, citado por HALLOWELL, ob. cit., p. 40.

²⁵ CAMPOS, Alberto A., *El delito de desobediencia*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, N° 2, abril-junio de 1969, p. 241: "...Imposible olvidar que en tanto la libertad como atributo de todos y cada uno, es ejercitada en la vida de

XI. El debate histórico de la cuestión en el Derecho Penal

El estudio de la problemática que genera la resistencia a la autoridad cuya actuación no se corresponde con el *legítimo ejercicio de sus funciones*—pero no con el *injusto* ejercicio de ellas, pues lo que el precepto penal requiere se refiere al control de legitimidad y no se vincula a la justicia intrínseca de la misma—tiene larga data, remon-tándose al antiguo Derecho griego y romano²⁶, y en tiempos más re-cientes fue desarrollado por autores de la jerarquía del jurista británico Blackstone, de Carrara en Italia y de Trebutien y Chauveau-Hélie en Francia. En tanto el primero de ellos considera que el funcionamiento público que actúa abusivamente debe ser equiparado a un mero par-ticular y, por tanto, sería viable la legítima defensa contra su acción, Carrara se opone enfática y contundentemente a la tesis sustentada por el sector de la doctrina francesa que postulaba la obediencia ciega, a partir del procesamiento por el delito de alta traición dictado por el tribunal del Sena al catedrático Bavoux en razón de haber defendido en el plano científico la tesis que sostenía el derecho a la resistencia contra actos ilegítimos de la autoridad. Contrariamente al parecer del sumo maestro de Pisa, Trebutien afirmaba el derecho de los agentes a mandar y el deber de los súbditos a obedecer, y si éstos entendían que el acto ordenado adolecía de algún vicio debían posteriormente recurrir a la justicia (es el sentido que inspira a la regla del *solve et repete*) que, si bien podía concluir que efectivamente el acto del fun-cionario era ilegítimo, también era factible que concluyera que ello no autorizaba la resistencia contra el mismo, pues a los súbditos no puede dársele la potestad de analizar las órdenes y las acciones de la autoridad pública. Se trataba, en definitiva, de un claro alzamiento a los principios consagrados en la Declaración de los Derechos del Hom-bre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que en su artículo 2º proclamaba el derecho de resistencia a la opresión, en el 5º disponía que no puede impedirse nada que no esté prohibido por la ley y nadie

relación. Su falencia provocaría la anarquía, pero su extralimitación genera el despo-tismo, de ahí la necesidad de un sinnúmero de competencias acordadas precisamente por aquellos que la estructuraron...”
²⁶ DONNA, ob. cit., t. III, ps. 64 y ss., realiza un completo examen histórico de la cuestión; ver también MAGGIORE, ob. cit., vol. III, ps. 267 y ss.

puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena, digesto que en su artículo 7º prescribía expresamente: "...Ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido, sino por los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas. Los que solicitan, dictan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante: se hace culpable por la resistencia..."²⁷ La regla que emana de la parte final del artículo puede parecer en un principio confusa, pero adviértase que finca la obligatoriedad en la correspondencia con la ley, esto es, nuestro *ejercicio legítimo de sus funciones*²⁸.

XII. La excepción de las decisiones judiciales

En virtud de lo precedentemente expresado, es oportuno traer a colación lo que constituiría una suerte de excepción a la facultad de oponerse al cumplimiento de la orden real o presuntamente ilegítima, hipótesis que se presenta en aquellos casos en que la misma emana directamente de una autoridad judicial y tal situación se da cuando la medida de ejecución constituye la resultante natural de un proceso judicial que pone a disposición del destinatario del acto una batería de nulidades y todos los medios recursivos contemplados por la ley para atacarla en esa sede, pero siempre teniendo en cuenta que el Derecho es finito y, en algún punto, lo decidido—mal o bien—es definitivo. En tal supuesto, no es admisible impugnar la medida por vías de hecho y quien la sufre debe acatarla, sin perjuicio de cuestionarla ante las instancias superiores del órgano judicial.

De poco serviría que los jueces y tribunales, luego de transitar un

²⁷ HERVADA, Javier y ZUMAQUERO, José M., *Textos internacionales de derechos humanos*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 1978, p. 48.

²⁸ Pero no siempre las cosas son tan claras y lineales y un sector de la doctrina encabezado por HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Public*, Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 147, señala que: "...es la superposición de grados en una organización autoritaria de agentes, de tal suerte que los agentes inferiores no están bajo la obligación directa y única de observar la ley, sino bajo la obligación de obedecer al jefe, que se interpone entre ellos y la ley...", criterio también parcialmente compartido en la doctrina alemana por FLEINER, Fritz, *Institutiones de Derecho Administrativo*, trad. de la 8ª ed. alemana, Labor, Barcelona, 1937, p. 50.

juicio legal con plena garantía para las partes involucradas, tuvieran la facultad de juzgar pero sus resoluciones no fueran posibles de ser ejecutadas en contra del perdidoso. El cumplimiento de lo dispuesto en la resolución judicial, aun la errónea o injusta, es de cumplimiento obligatorio para todos los afectados por ella y la problemática que nos interesa se plantea generalmente en la etapa de ejecución y también en la implementación de algunas medidas cautelares, debiéndose tener presente que las providencias y resoluciones que ordenan o prohíben algo a determinada persona no constituyen una orden, pero sí lo es la ejecución de lo resuelto en ellas y así nuestros tribunales han decidido que la no satisfacción de la cuota alimentaria fijada por el juez no es desobediencia entendida como delito: simplemente es no cumplir²⁹.

Es frecuente que para llevar a cabo las ejecuciones sea necesario requerir el auxilio de la fuerza pública y, en caso de no prestárselo injustificadamente, no se configura tampoco la desobediencia del artículo 239, sino la más específica contemplada en el artículo 250, ambos del Código Penal. Hay, empero, ciertas excepciones que contemplaba expresamente la ley en orden a la ejecución forzada (fueros funcionales, cosas inembargables, bienes del dominio público, etc.), dependiendo de según quién sea el destinatario de la medida, porque también hay que tener presente a aquellas decisiones que afectan a la administración pública por haber sido vencida en una contienda judicial, las que en general deben también ser satisfechas por la misma, so pena de generar un grave conflicto de poderes.

En el campo de la desobediencia la jurisprudencia sostuvo que ella se configura en tanto ese voluntario omitir no tenga una sanción especial dentro del propio sistema procesal aplicable o de otra naturaleza legal, pues en algunos casos el no cumplimiento se encuentra contemplado en la misma ley ritual u ordenanza municipal, que permite a los jueces aplicar sanciones pecuniarias o de otro tipo tendientes a que las partes cumplan adecuadamente lo que les corresponde y en tal caso se produce un desplazamiento de la norma aplicable³⁰. Tampoco se configura la

²⁹ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, vol. III, p. 25, citado por DONNA, ob. cit., t. III, p. 87.

³⁰ DONNA, ob. cit., t. III, p. 97. CNCRim., Sala II Correcc., 25-7-80, "L., J. E."

desobediencia prevista en el artículo 239 del Código Penal cuando la propia ley punitiva tipifica un supuesto especial de desobediencia, como ocurre con lo dispuesto en el artículo 243 del ordenamiento represivo.

XIII. El vicio de ilegitimidad

Como quedó ya sentado, esta fuera de toda duda razonable que también un funcionario puede comportarse injustamente en el ejercicio de su cargo cuando su ilícita actividad le lleve a interferir en la esfera de los derechos individuales ajenos. El vicio de *ilegitimidad* en líneas generales puede ser de naturaleza formal (incompetencia funcional, falta de cumplimiento de los requisitos externos propios del acto, etc.) o de naturaleza sustancial, pero antes de seguir avanzando en el desarrollo de este tema debemos hacer la salvedad de que estamos considerando la hipótesis del análisis circunscripto a la actuación del ejecutor y no el que corresponde al escalón superior que impartió la orden, pues bien puede ocurrir que el mandato que se ejecuta sea formalmente inatacable, pero que el vicio –formal o sustancial– anide en las esferas superiores en donde se impartió la orden. En tal caso, no es posible sostener la atipicidad de la conducta de quien resiste y es bastante dudoso invocar la legítima defensa, siempre, claro está, que no nos encontremos ante una manifestación aberración. Lo que el artículo 239 del Código Penal regula al tratar la resistencia se circunscribe a la ilegitimidad o no de la actividad del funcionario en tanto ordena una determinada conducta al destinatario de la misma, pero no se remonta a la corrección o no de lo decidido en esferas superiores al ejecutor del mandato puesto en crisis, ni tampoco si esa decisión es acertada conforme a criterios de conveniencia, equidad, etcétera. En este caso, no hay ni atipicidad por tratarse del legítimo ejercicio de las funciones, ni tampoco puede alegarse la legítima defensa, ya que el agente está cubierto por la causal del cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo (art. 34, inc. 4º, Cód. Pen.).

XIV. Conclusiones

Concluyendo, dos son las principales opciones para fundar la no

punibilidad del sujeto que resiste el accionar ilegítimo del funcionario, esto es, coincidir con quienes afirman que la solución a este entuerto está dada por el derecho dentro de la justificación que conlleva la legítima defensa³¹—a veces, según algunos, debe tenerse también presente el estado de necesidad—que, como es sabido, es suficientemente amplia pues no sólo cubre la defensa propia sino también la de los derechos del individuo, con tal que el resistente se vea obligado por la necesidad de defenderlo contra una agresión injusta y siempre que la reacción sea proporcional a la ofensa³², por lo que es posible apreciar el vasto margen que el Derecho le concede al ciudadano común para defenderse cuando su persona o sus derechos son agredidos por agentes de la fuerza pública³³. Ese amplio ámbito, empero, no es total y tal circunstancia conspira, a nuestro juicio, contra la adhesión a este enfoque³⁴, pese a reconocer que es la tesis mayoritariamente aceptada.

³¹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1956, vol. 7, p. 340, § 2762: "...El derecho a la defensa privada se prohíbe a los individuos en la sociedad civil, menos en los casos de *necesidad actual*, cuando la defensa pública, haciéndose impotente para proteger el derecho, falta a sus deberes, surge, con toda razón, el arbitrio de la defensa privada. Cuando un hombre cualquiera ataca injustamente mis derechos, no tengo obligación de permitir ese despojo y la sociedad que en esa contingencia no está pronta a defenderme, tiene que tolerar que me defienda con mis fuerzas privadas. El derecho de resistencia que se me permite contra el bandido que pretende reducirme a secuestro, no se me podrá negar contra el funcionario público que quiere despojarme de mis derechos de libertad y propiedad para satisfacer una pasión culpable o una venganza criminal...".

³² RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Temis, Bogotá, 1975, t. III, ps. 342/344, señala que para el Derecho Penal italiano constituye una causa de exclusión de la ilicitud la conducta del ciudadano que resiste un acto del funcionario que se extralimita en sus funciones mediante actos arbitrarios, a condición de que se dé la circunstancia antedicha, que dicho acto arbitrario lo haya cometido *a sabiendas de su arbitrariedad*, que ese acto arbitrario haya dado causa al hecho de la resistencia, que esa reacción haya sido inmediata y proporcional al acto resistido.

³³ LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 15: "...El Código Penal no limita el ejercicio del derecho de defensa, al contrario, lo autoriza aun frente a la autoridad: cuando la fuerza empleada contra un funcionario público, sea para impedir o trabar la ejecución de un acto que no es propio del legítimo ejercicio de sus funciones. La ilegitimidad del acto transforma el hecho en una agresión ilegítima a la cual nadie está obligado a soportar...".

³⁴ CERREZO MIR, ob. cit., ps. 279 y ss., desarrolla con amplitud el tema y señala

Por otra parte, se puede sostener la atipicidad de la conducta de quien resiste una orden ilegítima toda vez que el agente público al no actuar en el legítimo ejercicio de sus funciones no se encuentra amparado por la protección que dispone el artículo 239 del Código Penal³⁵ al no configurarse el elemento normativo del tipo, solución que parece como más atrayente por resultar más sencilla y simple, pero que tiene la aparente dificultad—que no es tal—de parecer incompleta, pues si bien serviría para fundamentar la no adecuación del comportamiento violento a la figura del artículo 239 del Código Penal, no alcanzaría a abarcar otras posibles consecuencias directas de él, como por ejemplo lesiones resultantes inferidas al agresor, conforme a lo ya explicado precedentemente al tratar el punto V. Si bien partiendo de una sistemática diferente, coincide en lo esencial con este enfoque que defiende Soler, Vincenzo Manzini³⁶, quien considera que estamos frente a una *eximente* que tiene el carácter de desinteresarse la actividad represiva del Estado, en cuanto hace penalmente indiferentes hechos que, de lo contrario, serían delitos. En cuanto a las infracciones conexas en que pudiera incurrir el particular al reaccionar ante el acto ilegítimo, debe responder por ellas el autor de las mismas, en tanto no puedan ser justificadas por necesidad.

aqueellos casos en que ella no es posible, pues el ámbito de aplicación de la justificante no es total y habrá casos en que sólo se podrá invocar el estado de necesidad y otros en los que no es posible sostener la no punibilidad.

³⁵ Trib. Cas. Pen. de la Prov. de Buenos Aires, sala II, 10-4-2003, *El Derecho Penal*, octubre de 2003, p. 87: "...La convicción de la Cámara respecto de la atipicidad del suceso, no es censurable desde que es facultad del tribunal determinar, en función de las probanzas valoradas, si en el caso concreto hubo o no resistencia a la autoridad, y en este sentido excluyó uno de los elementos requeridos por este tipo penal—en el caso el objetivo—toda vez que no hubo un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones por parte del personal policial..."

³⁶ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Ediar, Buenos Aires, 1961, vol. IV, ps. 84 y 91.

LOS DELITOS DE TRÁFICO PASIVO Y ACTIVO DE INFLUENCIAS: ASPECTOS ESENCIALES DE SU CONFIGURACIÓN El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas: La identificación del bien jurídico protegido

por GUSTAVO EDUARDO ABOSO

SUMARIO: § 1. El inveterado problema de la corrupción en la administración pública. § 2. Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias (arts. 256 bis y 258, Cód. Pen.). 2.1. Bien jurídico. 2.1.1. Addenda: Bien jurídico, ampliación del ámbito de punición y su relación con el sujeto activo que no reúne la calidad de funcionario público. Inconstitucionalidad. 2.2. Delito de tráfico pasivo de influencias: acciones típicas. Diferencia con la figura de cohecho pasivo y activo (arts. 256 y 258, Cód. Pen.). 2.3. Elemento subjetivo. 2.4. Derecho Comparado. Doctrina y jurisprudencia. 2.4.1. España. 2.4.2. Francia. 2.4.3. Austria. 2.4.4. Canadá. 2.5. Consumación. 2.6. Participación criminal. 2.7. Agravante. 2.8. Prescripción. 2.9. El delito de tráfico activo de influencias. § 3. El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas: La identificación del bien jurídico protegido.

§ 1. El inveterado problema de la corrupción en la administración pública

La corrupción en el ejercicio de la función pública es uno de los problemas más graves y acuciantes que enfrentan las sociedades modernas. Esta realidad no es novedosa y menos actual. La corrupción en la administración pública es un mal endémico que cualquier grupo social desea extirpar con ahínco. Sin embargo, las medidas de naturaleza penal, disciplinaria, entre otras, poco han contribuido a paliar este problema que carcome los cimientos de la sociedad. Por esto los delitos cometidos por funcionarios públicos han convocado desde siempre una particular atención para el Derecho Penal.

En nuestros días esta problemática de la corrupción en la función pública alentó la adopción de una reforma general de los delitos contra la administración pública, fruto de los numerosos y escandalosos casos de corrupción que pusieron al descubierto la gravedad de la situación que involucra directamente a funcionarios públicos, legisladores y jueces y los que evidencian el permanente déficit de la legislación en prevenir y castigar flagrantes actos de ausencia de probidad en el manejo de la cosa pública.

En este contexto la Convención Americana contra la Corrupción (ley 24.759) se hizo eco de este grave problema que involucra en mayor o menor medida a todos los países latinoamericanos y que aparece como un sello distintivo ante el mundo de la generalizada corrupción que afecta a las administraciones públicas locales y las perniciosas consecuencias que acarrea dicha realidad en la estructura social, económica y financiera de cualquier país.

A fin de poner coto a esta grave situación se sancionó la ley 25.188, denominada "Ley de Ética de la Función Pública", que regula de forma íntegra los deberes, prohibiciones e incompatibilidades de todos aquellos que intervienen, sea permanentemente o accidentalmente, por elección o designación, en la administración de los asuntos públicos.

En un momento institucionalmente difícil para nuestro país, esta ley surge en respuesta a los incansables reclamos de una sociedad que aboga por cambios estructurales definitivos para desterrar en el mejor de los casos, o al menos mitigar, la permanente sospecha que se cierne sobre el funcionamiento de las instituciones públicas.

Una fugaz mirada sobre el Derecho Comparado demuestra que el problema de la corrupción y sus intentos de solución no es una preocupación privativa de nuestro entorno.

En Suiza, por ejemplo, la ley federal del 22 de diciembre de 1999 incorporó en el Código Penal diversas disposiciones sobre el delito de corrupción (*Bestechungdelikte*) que atentan contra la imparcialidad y objetividad en la actuación pública¹.

Otro tanto ocurrió en Alemania con la reforma introducida por la

¹ STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeinwohlinteressen*, 5. überarb. Erg. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2000, § 60, p. 390.

“Ley contra la Lucha de la Corrupción” del 13 de agosto de 1997, que modificó los § 331 a 334 del Código Penal de ese país.

Una de las innovaciones introducidas por la ley 25.188 consiste en la regulación de los delitos de tráfico activo y pasivo de influencias que reprimen las interferencias interesadas de los particulares o de los funcionarios públicos en el desarrollo de las funciones de la administración pública, razón que justifica por sí solo su tratamiento particularizado.

En este sendero es menester mencionar la última reforma sufrida por el artículo 258 bis del Código Penal argentino (ley 25.825), que regula el denominado delito de “soborno transaccional”, figura penal que también incorpora ahora en su elenco típico al delito de tráfico activo de influencias en el marco de las negociaciones públicas de naturaleza internacional.

§ 2. Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias (arts. 256 bis y 258, Cód. Pen.)

2.1. Bien jurídico

Por lo general resulta una tarea complicada intentar delimitar los difusos contornos del heterogéneo bien jurídico “administración pública”. En una primera aproximación afirma Creus que la protección penal se circunscribe a la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en sentido más extenso, comprensivo de la *función pública en sentido propio*; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquel expresa su voluntad frente a los administrados y sobre éstos, como del *servicio público* que se desenvuelve dentro de la administración².

En la doctrina alemana, por su parte, se sostiene que los delitos de funcionarios públicos implican una lesión a la relación de fidelidad (*Treueverhältnis*) hacia el Estado o a la confianza pública en la integridad del funcionamiento del aparato estatal. Afirma Cramer que el contenido de lo injusto en esta clase de delitos de funcionario público

² CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, § 1817.

está integrado por el atentado contra la regularidad del orden de la realización de la función pública y por el menoscabo de los intereses estatales en la presentación jurídico-estatal de la administración pública³.

Lackner, por su parte, afirma que los tipos penales contra la corrupción y el soborno contienen bienes jurídicos complejos que se basan en la protección de la confianza, en la falta de venalidad de los titulares de las funciones estatales y, al mismo tiempo, en la objetividad de las decisiones públicas⁴. Lo importante, señala este autor, es impedir la adulteración de la voluntad estatal, garantizar la transparencia del desempeño público y que la autoridad de la actuación pública no sea alterada⁵. De esta forma, explica Stratenwerth, la protección penal previene y castiga al funcionario público que se determina mediante el ofrecimiento de una ventaja⁶.

Por su parte, el Tribunal Superior alemán expresó que "la confianza de publicidad en la transparencia en el desempeño público no sea puesta en peligro, es el bien jurídico de los tipos penales de corrupción (BGH, NSTZ 1985, 497, 499 m.w.N.; BGHR, StGB § 332, Abs. 1, Satz 1, Vorteil 6; NSTZ 2001, 425, 426)"⁷.

³ Vid. CRAMER, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24. neubearb. Aufl., C. H. Beck, München, 1991, comentario previo del § 331 y ss., marg. 1.

⁴ LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 19. Aufl., C. H. Beck, München, 1991, § 331, p. 1432.

⁵ LACKNER, ob. cit., § 331, p. 1433.

⁶ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht* cit., § 60, p. 390.

⁷ BGH, 4 StR 28/02, del 27-6-2002. En esta sentencia se revisó la absolución dictada a favor de un funcionario público que, en su calidad de director de proyectos comunales, aceptó la invitación de un grupo de inversionistas que consistió en el pago de consumiciones de bebidas alcohólicas y una cena. El funcionario y los inversores concurren después a un burdel, donde el primero hizo uso de los servicios ofrecidos por una prostituta que fueron finalmente abonados por el funcionario, contra la intención inicial de los inversionistas de asumir el pago. El propósito de los inversionistas era crear una situación embarazosa para el funcionario que les permitiera obtener ventajas en la aprobación de los proyectos, en particular la construcción de un hotel de cuatro estrellas. Este tribunal expresó que la corrupción del funcionario público con poder de decisión se presenta cuando éste, a raíz de la prebenda recibida o prometeda, mediante un comportamiento expreso o tácito, no tiene en cuenta puntos de vistas objetivos en la decisión futura, sino la ventaja recibida.

Es menester señalar que no toda prebenda o ventaja recibida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones ingresará *ipso facto* en el ámbito de la represión penal prevista para esta especie de delitos.

Pueden presentarse perfectamente situaciones donde la entrega de un presente no responda a la idea motriz de influir indebidamente en la formación de la voluntad del funcionario público. En este aspecto puede citarse el baremo empleado por el Tribunal Superior alemán para discriminar dudosas situaciones de corrupción: se tipifica el delito si el beneficio ofrecido al funcionario público tuvo como propósito influir en su decisión o comportamiento próximo, mas excepto cuando dicho beneficio se basó en las reglas de trato social y cortesía.⁸

Aplicado este baremo a la realidad, el Tribunal Superior alemán expresó que "el pago por parte de potenciales inversores de bebidas alcohólicas consumidas por el funcionario público podría representar un comportamiento comercial adecuado y no se encontraría abarcado por el delito de corrupción".⁹

Estas situaciones están contempladas por el artículo 18 de la ley 25.188 que prohíbe a los funcionarios públicos "recibir regalos, obsequios o donaciones, sean cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones". Si dichas ventajas son realizadas por cortesía o de costumbre diplomática, la autoridad de aplicación reglamentará su registro y serán incorporados al patrimonio del Estado para cumplir con los fines específicos. La infracción de este precepto implicará la sustanciación de un sumario administrativo, pero no significará per se la comisión de un delito.

Sin embargo, la regulación de los atentados contra la administración pública abarca un número fragmentario de acciones u omisiones cometidas por funcionarios o particulares que son aptas para lesionar tanto el regular desarrollo de dicha administración como otros aspectos esenciales de dicho ejercicio de la función y autoridad públicas.¹⁰

⁸ Vid. BGHSt. 15, 239, 251 y ss., cit. por BGH, 4 StR 28/02, del 27-6-2002, marg. 13.
⁹ Vid. BGHSt. 31, 264, 279, cit. por BGH, 4 StR 28/02, del 27-6-2002.
¹⁰ Vid. CRAMER/SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar* cit., comentario previo del § 331 y ss., marg. 1.

Otros autores entienden que el bien jurídico protegido es la imparcialidad u objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no los intereses particulares¹¹.

En este contexto, los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias previstos por los artículos 256 bis y 258 fueron incorporados respectivamente por los artículos 32 y 34 de la ley 25.188. La sanción de esta ley obedeció a la necesidad de dotar de un marco claro y estricto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables a todas las personas que desempeñan la función pública (art. 1º). Como corolario se procura transparentar el desempeño en la función pública y la administración del erario público a la luz de los principios éticos cardinales de honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana (art. 2º).

Como consecuencia de esto, la ley 25.188 incorpora al Código Penal el artículo 256 bis¹² con el objeto de tutelar la probidad del funcionario público. Esta probidad u honradez en el manejo de la cuestión pública puede ser lesionada por la indebida interferencia de terceros, sean funcionarios públicos o particulares, que graviten sobre el correcto desarrollo de la administración pública.

Asimismo, la citada ley modificó la redacción del artículo 258 del Código Penal al introducir la figura del tráfico activo de influencias.

¹¹ DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 229 y 230, con cita de Feijóo Sánchez. En igual sentido, MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Madrid, p. 1233. Estos autores aclaran que en el delito de tráfico de influencias se confiere tutela penal a una de las diversas vertientes del principio de imparcialidad, es decir, la que se concreta en la obligación de dirigirse a la administración para formular sus peticiones sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones.

¹² El art. 256 bis dice: "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 soliciite o recibiére 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".

Así se reprime también a los oferentes de dinero o dádavas, o promesas, con el propósito de que el sujeto influyente actúe ante el funcionario público para provocar que éste haga, omita o retarde algún asunto de interés público sometido a su competencia.

2.1.1. *Addenda: Bien jurídico, ampliación del ámbito de punición y su relación con el sujeto activo que no reúne la calidad de funcionario público. Inconstitucionalidad*

Hasta ahora nos hemos referido únicamente al sujeto activo funcionario público y a los deberes y obligaciones reglados por la ley 25.188. Sin embargo, debe recordarse que el sujeto activo de los delitos de tráfico activo y pasivo de influencias no debe reunir necesariamente en su persona la cualidad de funcionario público. Entonces se presenta el presente dilema: ¿Cómo puede afectarse el bien jurídico administración pública en su sentido amplio, esto es el normal y correcto desarrollo de dicha administración, cuando el sujeto activo no es funcionario público?

Antes de intentar contestar este interrogante es menester señalar, a mero título comparativo que permita demostrar con mayor nitidez las consecuencias que acarrea la amplitud represiva de estas figuras en especial, que la comisión por parte de un funcionario público de algunas de las conductas alternativas previstas por los artículos 256 bis y 258 del Código Penal acarrea sin mayores circunloquios una afectación *concreta* del bien jurídico en cuestión, al infringir obligaciones establecidas por la citada ley 25.188, es decir los deberes de probidad y fidelidad hacia la administración pública. Vale decir, aquel funcionario público, por ejemplo, que acepta una promesa o recibe dinero con el propósito exigido por el mencionado artículo 256 bis, está inobservando a priori los deberes impuestos en su calidad de funcionario público por la referida ley 25.188. De acá, entonces, que sea razonable afirmar que dicha infracción atenta contra el correcto y normal desarrollo de la función pública por mor de un indebido (ilícito) interés demostrado por el funcionario público que colisiona con los deberes de probidad y fidelidad exigidos en función de su cargo.

Dicho esto, el interrogante planteado precedentemente no puede ser contestado de otro modo que no sea negativamente. El particular

que acepta una promesa, recibe dinero o dádiva, o lo solicita, no sólo por el sencillo hecho de que no es funcionario público, sino que, además, parece dificultoso visualizar con absoluta claridad cuál es la afectación *concreta* que padece el bien jurídico en el caso en particular. En este tema, sin hesitar se comprueba que el legislador penal amplió en demasía las barreras de punición al punto de abarcar comportamientos como los señalados que no cumplen con el principio de lesividad requerido para habilitar su castigo. Nótese que dicha conducta, la del denominado tráfico "pasivo" de influencias, jamás puede lesionar o poner en peligro concreto el pretendido interés tutelado por dicha figura penal, puesto que al particular le falta la calidad de funcionario público, por un lado, y cualesquiera de las conductas alternativas reguladas por el tipo en cuestión (art. 256 bis) serán a lo sumo actos preparatorios, pero no una conducta lesiva idónea para alterar el normal desenvolvimiento de la función pública.

Al tratarse de un caso de codeinfluencia necesaria, idénticas son las apreciaciones que se hacen extensivas para el delito de tráfico activo de influencias (art. 258, Cód. Pen.).

En consecuencia, los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias pueden ser tachados con éxito de inconstitucionales en el supuesto de que el sujeto activo no sea un funcionario público, ya que se está en presencia de una antijuridicidad formal (*delito de sospecha*), pero no material como reclaman los principios de lesividad y de mínima intervención que habilitan la inferencia estatal en su faz represiva. De lo contrario, debería afirmarse que la misión del Derecho Penal no reposa más en la protección de bienes jurídicos, sino en el mero fortalecimiento de valores ético-sociales de los individuos, lo cual aparece contrario a la idea de un Derecho Penal respetuoso de la autonomía y la dignidad de la persona.

2.2. Delito de tráfico pasivo de influencias: acciones

típicas. Diferencia con la figura de cohecho pasivo y activo (arts. 256 y 258, Cód. Pen.)

Como la corrupción, el tipo de tráfico pasivo de influencias se trata

de un delito de codeinfluencia necesaria porque supone la insoslayable intervención de dos personas: el que solicita la intervención del funcionario y el que ejerce, en definitiva, la influencia, cuya condición puede ser o no la de funcionario público, con arreglo a nuestra ley penal.¹³

A primera vista resulta contradictorio categorizar a este delito de pasivo, ya que las conductas alternativas que prevé la norma en comentario, esto es las de "solicitar" y "recibir", denotan claramente que el autor asume en el primer caso (el de "solicitar") un comportamiento claramente activo, circunstancia que tiñe de originalidad a este delito. A diferencia del ordenamiento penal español, nuestra figura de tráfico pasivo de influencias se regula alternativamente en una misma norma penal sin atender a la calidad del sujeto activo.

Como ya se dijo, las acciones rectoras consisten en "solicitar" o "recibir" dinero o cualquier otra dádiva, o "aceptar" una promesa directa o indirecta para hacer valer su influencia. Vale decir, se sanciona la conducta de aquel que se vale de su influencia ante un funcionario público para obtener por su intermedio un determinado comportamiento de éste.¹⁴ Es una figura que presenta una autonomía propia respecto de los delitos de cohecho pasivo y concusión (art. 268, Cód. Pen.).

Se excluyen de su ámbito de aplicación todas aquellas influencias que no se encuentren precedidas de una ilícita concertación, sea de naturaleza económica o no, vale decir, se excluyen las simples influencias, consejos o meras recomendaciones, las que, por otra parte, son una práctica habitual en la administración pública.¹⁵ De esta forma no se intenta reprimir el diálogo o vínculo entre los integrantes de la administración pública, sino tan sólo el ilegítimo interés del autor de hacer valer su influencia ante el funcionario público cuyo origen se sitúa en una espuria ventaja.

El "acuerdo ilícito" (*Unrechtsvereinbarung*) abarca en esta clase de delitos de corrupción a las ventajas percibidas o prometidas al par-

¹³ Cfr. VÉRON, Michel, *Droit Pénal spécial*, 7ª ed., Armand Colin, París, 1999, p. 291.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 882.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 882.

tiкуляр o al funcionario público, en este último caso, con motivo del ejercicio de su función pública y cuya finalidad sea la de influir ilegítimamente en el proceso de decisión de un asunto público bajo la órbita del funcionario afectado.

Así, por ejemplo, encuadrará en el concepto de "acuerdo ilícito", *mutatis mutandis* en el caso del tráfico de influencias, la conducta del funcionario público que, en su condición de directivo de una oficina pública, recibió mensualmente sumas de dinero en concepto de honorarios por la realización de diversos dictámenes a favor de una de las firmas participantes del proyecto de construcción de una marina¹⁶. En especial, el Tribunal Superior alemán afirmó que el contenido del descripto "acuerdo ilícito" tenía como objetivo influir en el curso de la decisión sobre el proyecto de marina a favor de la empresa que pagó los su-puestos "honorarios" del funcionario público a cuyo cargo estaba el mentado proyecto.

A su vez, el artículo 256 bis no exige que el sujeto activo, en caso de ser funcionario público, ejerza una mayor jerarquía administrativa o funcional sobre el influido¹⁷. Ello así pues el sujeto activo de este delito puede ser tanto un particular como un funcionario público y es claro que el primero puede influir sobre el sujeto pasivo o sujeto decisor sin estar presente esta situación de prevalimiento. Lo contrario significaría excluir la tipicidad de la conducta del funcionario público que se vale no ya de la superioridad jerárquica, sino de otra causa, verbi-gracia, vínculos de amistad, intimidad o reciprocidad¹⁸.

En suma, el abuso funcional constituye seguramente un vehículo para influir sobre el funcionario público, pero éste no es el único. Nuestra figura de tráfico pasivo de influencias, a diferencia de la normativa española, no especifica nada sobre el prevalimiento. Como el artículo 256 bis se trata de un delito común, cuyo modo de comisión no se encuentra delimitado por el prevalimiento, como sí ocurre en

¹⁶ BGH, 5 StR 470/98, del 16-3-99.

¹⁷ Por el contrario, y con arreglo a la propia factura del art. 428, Muñoz Conde (ob. cit., p. 882) entiende que la acción de influir debe estar acompañada necesariamente de un abuso funcional por parte del funcionario público, es decir, aprovechándose de su situación de superioridad jerárquica. En este sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, en *Comentarios...*, cit., p. 1236.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 882.

su par español, por ello las razones que invoque el sujeto activo ante el funcionario público influido pueden orientarse hacia otros motivos. Esta situación de prevalimiento puede configurarse en el marco del funcionamiento de la administración pública en su sentido más amplio y necesariamente los sujetos activo y pasivo deben ser funcionarios públicos que revistan una diferente posición jerárquica.

En este sendero algunos autores españoles sostienen que, a la luz de la redacción del delito de tráfico de influencias contenidas por el artículo 428, la aplicación de esta norma penal se restringe a los casos donde la amenaza y la coacción aparecen como el medio para ejercer la influencia sobre el funcionario público. De acuerdo con esta propuesta, se lograría dotar así de autonomía propia a los delitos de tráfico de influencia (pasivo y activo), los cuales tutelarían sólo un aspecto del funcionamiento de la administración pública: el proceso de motivación de las decisiones adoptadas en su seno¹⁹.

Esta propuesta, recuérdese, originada en el seno de la doctrina española, dista de ser convincente porque restringe en demasía el ámbito de aplicación de esta figura penal al exigir como *conditio sine qua non* el ejercicio de coacción por parte del sujeto activo. La acción de "influir" no se limita en su sentido literal y esencial a las susodichas influencias coactivas, las que podrán constituir sin duda un auténtico atentado contra la libertad en el ejercicio de la función pública que ya se encuentran reprimidas (vgr., arts. 149 bis, en función del art. 149 ter, y 237, Cód. Pen. argentino), sino que también abarca los supuestos donde el funcionario público o el particular se valen de otros motivos, verbigracia, la amistad o la lealtad partidaria.

Por otro lado, este delito se consuma, contrariamente a lo afirmado por estos autores españoles, con la solicitud o la entrega del precio o la dádiva, o la aceptación de la promesa, en estos dos últimos casos de modo idéntico al delito de cohecho pasivo (art. 256).

No es menester en uno u otro caso que la finalidad perseguida por el sujeto activo se concrete²⁰.

En síntesis, el denominado "prevalimiento" constituye para nuestra

¹⁹ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, en ob. cit., p. 1234.

²⁰ Vid. DONNA, ob. cit., ps. 225 y 231.

legislación penal uno de los distintos medios de influencia que pueden ejercerse sobre el funcionario, pero en caso de llegarse al extremo de coartar la libertad del funcionario público, por ejemplo, la orden ilícita impartida por un superior jerárquico o directamente el empleo de coacción, esta figura delictiva cede el paso a la aplicación de algunos de los delitos mencionados. Al respecto cabe agregar que en este supuesto cobra virtualidad la posibilidad de invocar obediencia debida en el ámbito administrativo por parte del funcionario público sobre el cual se ejerce la influencia.

El fin perseguido por el autor debe estar precedido obligadamente por una ventaja, cuyo contenido puede ser de naturaleza económica, aunque no necesariamente. Así, pues, se incluyen en el concepto de beneficio, verbigracia, la recepción de dinero, la aceptación de una promesa por futuros nombramientos, para sí o para terceros; las relaciones afectivas o amorosas, la reciprocidad mal entendida, el clientelismo político, etcétera²¹. La finalidad del autor está dirigida a provocar en el sujeto influido un comportamiento determinado: el hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a las funciones de este último. Pero, para su materialización, no es menester que el autor alcance este propósito. En consecuencia, este delito de tráfico pasivo de influencias se presenta como un auténtico delito de resultado cortado²².

El delito de tráfico de influencias se diferencia del cohecho fundamentalmente en dos aspectos: el sujeto activo y el objeto de la acción. La figura de tráfico de influencias no exige, a diferencia del cohecho pasivo, que el sujeto activo sea funcionario público, por un lado, y el objeto de este delito se configura con el hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, es decir, la conducta rectora consiste en recibir dinero o dádiva, o aceptar una promesa, para ejercer su influencia de forma ilegítima ante un funcionario público, por el otro²³. Nótese que en el delito de cohecho pasivo el funcionario público

²¹ MUNOZ CONDE, ob. cit., p. 883. En este sentido la Cour Suprême du Canada, "R. c/Cogger" [1997], 2 R. C. S. 845.

²² Vid. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, t. II, § 10, marg. 84.

²³ Sobre el contenido y alcance del delito de resultado cortado, MORALES PRATS

recibe o acepta directamente una contraprestación de naturaleza económica para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones²⁴.

El delito de tráfico pasivo de influencias presenta la estructura de la instigación en cadena. Ello ocurre cuando el sujeto encargado de realizar la acción de influir se encuentra motivado en su resolución criminal por el precio o dádiva recibido o la promesa aceptada sujeta a la condición de desplegar su influencia ante un funcionario público con miras a conseguir algunas de las conductas alternativas que prevén esta figura criminal.

En el supuesto de tráfico de influencia en cadena, es decir, cuando el funcionario público ejerce la influencia ante otro para que sea éste el que, en definitiva, influya en el funcionario competente, todos los intervinientes responden en calidad de autores²⁵.

“La prevención del tráfico de influencias [...] exige que el beneficiado de la dádiva o regalo se presente como un intermediario en la influencia, real o supuesta, y que sea naturalmente para obtener un favor cualquiera o una decisión favorable de una autoridad pública o de una administración; por el contrario, el delito de corrupción pasiva [...] se aplica al funcionario público que recibió la dádiva o el regalo para hacer de forma personal algo relativo a sus funciones...”²⁶

2.3. Elemento subjetivo

Esta modalidad del delito de tráfico de influencias es una figura dolosa. La intención del autor es la de obtener un beneficio económico o dádiva gracias a la influencia, real o supuesta, que se ejerce ante el funcionario público influido para hacer, omitir o retardar algún asunto sometido a su competencia²⁷.

y RODRÍGUEZ PUERTA, en ob. cit., p. 1234, sostienen que el delito de tráfico de influencias es una figura residual a la del cohecho.

²⁴ VÉRON, ob. cit., p. 291.

²⁵ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 884; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, en ob. cit., p. 1238.

²⁶ Crim., I-10-84, *Bull.*, N° 277, cit. en *Code Pénal*, Dalloz, Paris, 2001, comentario del art. 432-11.

²⁷ Vid. DONNA, ob. cit., p. 231.

2.4. Derecho Comparado. Doctrina y jurisprudencia

2.4.1. España

El Código Penal español regula, por su parte, tres supuestos distintos de tráfico de influencias en función del sujeto activo y del ámbito donde se ejecuta dicha conducta: el tráfico pasivo de influencias cometido por funcionario público (art. 428), el cometido por un particular (art. 429) y el de tráfico de influencias en el ámbito privado²⁸. En cambio, sorprende la anomía que se presenta con el tráfico activo de influencias. Por lo demás, habrá de estarse a los comentarios realizados sobre estas figuras supra.

2.4.2. Francia

En el Derecho Penal francés, los artículos 432-11 y 433-1²⁹ regulan el delito de tráfico pasivo y activo de influencias (*le trafic d'influence passif et actif*). El primero, es decir el tráfico de influencia pasivo, presenta rasgos comunes con el delito de corrupción, pero se distingue

²⁸ Vid. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, en ob. cit., p. 1241, remarcan los problemas que se presentan con la identificación del bien jurídico tutelado y la ausencia de necesidad en su regulación. Sobre los proyectos de reforma, GARCÍA VALDES, Carlos, *Temas de Derecho Penal (Penología. Parte especial. Proyectos de reforma)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 294.

²⁹ El art. 432-11 reza de la siguiente forma: "Sera castigado con pena de prisión de diez años y multa de 1.000.000 F., el hecho de solicitar o de recibir, sin derecho, por una persona depositaria de la autoridad pública, encargada de un mandato de servicio público o investida de un mandato electoral público, de ofertas, de dádivas, de presentes o de cualquier otra ventaja [...] 2º sea para abusar de su influencia real o presunta con miras de obtener de una autoridad o una administración pública distinciones, empleos, negocios o toda cualquier otra decisión favorable".

Por su parte, el art. 433-1 expresa que: "Sera castigado con pena de prisión de diez años y multa de 1.000.000 F., el hecho de proponer, sin derecho, en todo momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, presentes o cualquier otra ventaja para obtener de una persona depositaria de la autoridad pública, encargada de un mandato de servicio público o investida de un mandato electoral público [...] 2º sea para que ella abuse de su influencia real o presunta con miras de obtener de una autoridad o una administración pública distinciones, empleos, negocios o toda cualquier otra decisión favorable".

en la ley penal francesa por el objeto perseguido: el autor admite dádivas o promesas para abusar de su influencia real o supuesta con vista a obtener de una autoridad o administración públicas distinciones, empleos, negocios o cualquier otra decisión favorable³⁰.

El objeto de la transacción ilegítima puede ser una resolución judicial favorable a los intereses del acusado³¹, el otorgamiento de un permiso para construir³², o la transacción de un control económico, etcétera³³.

Por su parte, el delito de tráfico activo de influencia (art. 433-1) reprime con pena de diez años de prisión y multa de 1.000.000 de francos la conducta del particular que ofrece dinero al funcionario público o al encargado de una misión de servicio público o investido de un mandato electivo con el propósito de hacer valer su influencia sobre otro funcionario.

La Sala Criminal de la Casación francesa confirmó la condena dictada por la Corte de Apelaciones de Bastia contra un funcionario público y dos responsables de una empresa especializada en trabajos portuarios por el delito de tráfico activo de influencias. Según los hechos probados, los dos empresarios le entregaron una suma de dinero a un intermediario para contactarse con el funcionario público de la administración comunal con el propósito de ejercer influencia sobre la concesión de los trabajos de acondicionamiento del puerto³⁴. Asimismo, cometen el delito de tráfico activo de influencias "los dirigentes de una sociedad que, en ejecución de los acuerdos establecidos, admitieron haber obtenido fondos de empresas para remunerar su designación [...] abusando de esta manera de su influencia real o supuesta"³⁵.

2.4.3. Austria

El Código Penal austriaco regula en su § 308 el delito de tráfico de influencias (*verbote Intervention*). El § 308 reprime ambos as-

³⁰ VÉRON, ob. cit., p. 291.

³¹ Crim., 6-6-89, *Dr. Pénal*, comm. 44, cit. por VÉRON, ob. cit., p. 291.

³² Crim., 4-7-74, *Bull.*, Nº 249, cit. por VÉRON, ob. cit., p. 292.

³³ Crim., 20-1-49, *Bull.*, Nº 21, cit. por VÉRON, ob. cit., p. 292.

³⁴ Cass. Crim., 8-1-98, "Gazzano, Joseph et a.", *Juris Data* Nº 000795.

³⁵ Crim., 16-12-97, *Bull.*, Nº 428.

pectos de este puro acto de corrupción, es decir, tanto el que ejerce la influencia como aquel funcionario público o empleado dirigente que se deja influir son abarcados por esta figura delictiva.

En primer lugar debe resaltararse que no se trata de un delito especial. El § 308 se inserta dentro del catálogo de los delitos contra los deberes públicos y acciones punibles semejantes.

Para su tipificación, en el primer supuesto de tráfico activo de influencias (primer párrafo del § 308, ÖStGB) es menester que el autor, sea particular o funcionario público, haga valer su influencia ante un funcionario o empleado públicos, sean nacionales o extranjeros. Esta figura demanda que el autor influya sobre el sujeto pasivo funcionario público para obtener una ventaja o encargo, cuya ilicitud debe conocer el autor³⁶. Sin embargo, la calidad del sujeto pasivo se extiende no sólo a los funcionarios o empleados públicos, sino también a los empleados dirigentes de una empresa, a los socios de un cuerpo de representación y a los empleados extranjeros. En realidad la posición sistemática que ocupa el delito de prohibición de intervención dentro de los delitos de corrupción no se ajusta en puridad al propósito de alcanzar con la represión tanto los actos corruptivos realizados por los funcionarios públicos que lesionen el bien jurídico administración pública como los actos venales cometidos por los empleados directivos de empresas privadas.

Este delito acepta las formas comisiva y omisiva³⁷.

En cuanto al delito de tráfico pasivo de influencias, el sujeto influenciado debe comprometerse a favorecer en el futuro o beneficiar directamente al sujeto activo como al tercero en la toma de decisión³⁸. El párrafo segundo del § 308 excluye del ámbito de lo prohibido las simples e insignificantes ventajas que se aceptan o prometen en el marco profesional de su actuación.

³⁶ BERTEL, Cristina y SCHWAIGHOFER, Klaus, *Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, § 169 bis, 321 StGB, 4. neubearb. Aufl., Springer, Wien-New York, 1999, comentario del § 308, ps. 241 y 242.
³⁷ BERTEL y SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht, BT II* cit., comentario del § 308, ps. 241 y 242.
³⁸ HABERL, Helmut y KEPLINGER, Rudolf, *Das österreichische Strafrecht*, 15. Aufl., Graz, 2001, comentario del § 308, p. 455.

Por último, el párrafo tercero del parágrafo en comentario deja impune también a aquel que actúa en representación asalariada dentro del marco de su competencia, es decir, el "comprador de influencias políticas"³⁹.

2.4.4. *Canada*

En la Parte IV del Criminal Code, titulada *Offences Against the Administration of Law and Justice*, el artículo 121 regula la figura de tráfico activo de influencias. Este precepto reprime, en su apartado a, al que, directa o indirectamente, ofrezca o acuerde dar u ofrecer a un funcionario, a un miembro de su familia, o a toda persona en provecho de un funcionario, un premio, recompensa, ventaja o beneficio de cualquier naturaleza en consideración de una colaboración, ayuda, ejercicio de influencia o de un acto u omisión concerniente a la conclusión de negocios con el gobierno, una reclamación contra Su Majestad o un beneficio que ella tenga la autoridad o el derecho de conceder.

Asimismo, este artículo castiga también, pero en su apartado d, otro supuesto de tráfico activo de influencias que se configura cuando el que tiene o pretende tener influencia ante el gobierno, ministro gubernamental, o funcionario, exija, acepte u ofrezca, o acuerde aceptar, por sí mismo o por una tercera persona, una recompensa, ventaja o beneficio de cualquier naturaleza en consideración de una colaboración, ayuda, ejercicio de influencia o de un acto u omisión concerniente a los asuntos supra descriptos o la nominación de una persona, que puede tratarse de sí misma, a un cargo.

La Corte Suprema canadiense revocó la absolución dictada a favor de un funcionario público que, en su calidad de senador, continuó percibiendo honorarios profesionales por trabajos realizados, previamente a la asunción del cargo de senador, ante diversos niveles gubernamentales con el propósito de obtener distintas subvenciones a favor de dos sociedades comerciales⁴⁰.

A su vez, el apartado segundo del artículo 123 regula el delito de

³⁹ BERTTEL y SCHWAIKHOFER, ob. cit., comentario del § 308, p. 242.
⁴⁰ Cour Suprême du Canada, "R. c/Cogger" [1997], 2 R. C. S. 845.

influencia de un funcionario municipal que se presenta cuando el autor influencia o intenta influenciar a un funcionario municipal para abstenerse de sufragar en una reunión del consejo municipal o de un comité, o para votar en contra o a favor de una medida, moción o resolución.

El tráfico ilícito de influencias se extiende también a los asuntos o negocios privados, hipótesis contenida por el artículo 125 al reprimir las conductas de recibir o la promesa de recibir, dar u obtener algún tipo de beneficio para ejercer influencia para lograr la nominación de una persona para un cargo.

Todas estas figuras penales abarcan no sólo supuestos de tráfico de influencias, sino también conductas de corrupción en la administración pública.

2.5. Consumación

El delito de tráfico pasivo de influencias se perfecciona con el mero solicitar o recibir el dinero, o aceptar la promesa para hacer valer la influencia ante un funcionario público⁴¹.

Otro tanto ocurre con el tráfico activo de influencias que se consuma con el hecho de ofrecer o entregar el dinero o la promesa.

La determinación de la consumación reviste importancia para el caso de aplicación de distintas leyes penales en el tiempo⁴².

Con arreglo a la jurisprudencia francesa, la figura de tráfico de influencias es un delito instantáneo⁴³.

No admite tentativa.

2.6. Participación criminal

En materia de participación criminal, por tratarse de un delito común, las acciones típicas pueden ser realizadas por cualquiera porque los tipos penales en cuestión no exigen cualidad objetiva alguna en el autor⁴⁴.

⁴¹ DONNA, ob. cit., p. 231.

⁴² Sobre la problemática de la sucesión de leyes penales en el tiempo, vid. BGH, 2 StR 301/99, del 17-9-99.

⁴³ Vid. Cass. Crim., 15-3-2000, "M. Bouvier et a."

⁴⁴ DONNA, ob. cit., p. 231.

La jurisprudencia francesa consideró sujetos activos a las personas que ejercen un mandato electivo (vgr, los consejeros municipales⁴⁵, los senadores o diputados⁴⁶, los asesores generales⁴⁷); los que revisten la calidad de funcionarios públicos de los Poderes Judicial y Ejecutivo (vgr, los magistrados⁴⁸, los miembros del gobierno⁴⁹, los funcionarios ministeriales⁵⁰, los oficiales o agentes de policía⁵¹, los agentes municipales⁵², los inspectores impositivos⁵³, los funcionarios municipales encargados de los exámenes para obtener la licencia de conducir⁵⁴, los secretarios comunales⁵⁵, los agentes de servicio técnico de los municipios⁵⁶, etc.).

Por su lado, el que oficia de intermediario o facilita el dinero en esta transacción espuria responde en calidad de partícipe del delito de tráfico de influencias⁵⁷.

Por último, el funcionario público sobre el que se ejerce la influencia puede responder en calidad de autor del delito de prevaricato⁵⁸, solución correcta siempre y cuando el sujeto influido sea magistrado o, en su defecto, algunas de las personas que actúan en calidad de árbitros y arbitradores amigables componedores. En este punto debe tenerse en cuenta el dispositivo amplificador del artículo 272 que incluye a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir dictámenes ante las autoridades. La acción típica debe constituir un prevaricato de derecho o de hecho, es decir, el juez debe fundar su resolución de forma contraria a la ley invocada por las partes o sobre la base de hechos o resoluciones falsas.

⁴⁵ Crim., 29-5-1886, cit. en *Code Pénal* cit., art. 432-11.

⁴⁶ Crim., 24-2-1893.

⁴⁷ Crim., 3-11-33.

⁴⁸ Crim., 28-1-1897.

⁴⁹ Crim., 24-2-1893.

⁵⁰ Crim., 15-4-32.

⁵¹ Crim., 13-7-34.

⁵² Crim., 19-7-51.

⁵³ Crim., 22-7-54 y 14-5-86.

⁵⁴ Crim., 11-1-56 y Montpellier, 11-2-92.

⁵⁵ Grenoble, 17-11-72.

⁵⁶ Crim., 4-7-74.

⁵⁷ Crim., 8-1-98, *Dr. Pénal*, comm. 98, cit. por VÉRON, ob. cit., p. 291.

⁵⁸ MUNOZ CONDE, ob. cit., p. 883.

Por ende, si el funcionario público ante el que se ejerce influencia dicta una resolución de naturaleza administrativa, por ejemplo, la entrega de una concesión, ajustándose en todo a las pautas legales que regulan dicha actividad, pero con el propósito de lesionar las expectativas de uno de los oferentes mediante su exclusión del negocio público, dicha conducta deventría atípica. Tampoco resulta aplicable acá la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas porque el funcionario no persigue ningún beneficio personal o ajeno, tan sólo origina un menoscabo de las posibilidades reales del postulante.

Por todo esto se debería regular *de lege ferenda* la situación del funcionario público influido, ya que los valores probidad e imparcialidad se encuentran igualmente lesionados cuando el funcionario público incorpora en la génesis de su decisión otros intereses que no sean los de la administración pública o, incluso, mediante el vehículo de una resolución legítima se procure lesionar los derechos de terceros.

2.7. *Agravante*

Cuando el sujeto pasivo de esta maniobra delictiva sea un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público y el fin propuesto por el autor sea el 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 asciende a doce años.

El porqué de la agravación reside en la calidad de los sujetos pasivos y en la delicada función que ellos ejercen, la cual merece una mayor protección mediante una mayor amenaza de pena⁵⁹.

2.8. *Prescripción*

El plazo de prescripción de la acción pública se cuenta a partir de la entrega del dinero o dádiva, o la aceptación de la promesa⁶⁰, no siendo necesaria la materialización del beneficio perseguido por el agente o por el tercero⁶¹.

⁵⁹ DONNA, ob. cit., p. 232.

⁶⁰ Crim., 12-12-89, *Bull.*, N° 474.

⁶¹ Vid. BGH, I StR 605/99, del 23-2-2000. Si bien este fallo se refiere al delito

2.9. El delito de tráfico activo de influencias

Desde el punto de vista de la autoría, este delito puede ser cometido por cualquiera, es decir, se trata de un delito común.

Mientras que las acciones rectoras en el precedentemente analizado delito de tráfico pasivo de influencias se abroquelaban en torno a la necesidad del "acuerdo ilícito" (*Unrechtsvereinbarung*), la figura en la concertación del acuerdo espurio en las formas de dar y ofrecer dádivas con la finalidad de que el receptor utilice su influencia sobre un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones⁶².

Es un delito doloso, compatible únicamente con el dolo directo. No es pacífica la doctrina respecto de la admisión de la tentativa⁶³.

§ 3. El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas: La identificación del bien jurídico protegido

Por lo general existe consenso en la doctrina en afirmar que el bien jurídico protegido por el artículo 265 del Código Penal es la "administración pública", es decir, en su dimensión funcional, el correcto desarrollo de la función pública llevada a cabo por los funcionarios públicos que se encuentran sujetos, principalmente, por los deberes de probidad y lealtad⁶⁴.

En este sentido afirma Millán que el bien jurídico tutelado por el artículo 265 del Código Penal es "la administración pública, en lo

de corrupción en la legislación alemana, su estructura típica resulta similar a la del delito de tráfico pasivo de influencias. En ambos delitos la consumación se alcanza cuando el sujeto activo recibe el beneficio o acepta la promesa. Las ventajas perseguidas por el sujeto influyente o corruptor trascienden las exigencias del tipo penal en particular.

⁶² Vid. DONNA, ob. cit., ps. 252 y ss.

⁶³ Idem, ps. 246 y 247.

⁶⁴ En este sentido, CNCas.Pen., sala IV, 7-9-99, "W. E.", J. A. 2000-III-745; CNFed.CCort., sala I, 4-7-88, "S. K., C. E.", J. A. 1989-III-533.

relacionado con el cumplimiento de sus fines con sujeción a principios rígidos de moralidad, imparcialidad y decoro”⁶⁵.

Soler explica, por su parte, que “el objeto tutelado por este delito 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”⁶⁶.

A su turno, agrega Núñez que “el Capítulo VIII del Título *De los delitos contra la administración pública* resguarda, por un lado, la fidelidad funcional pública en contratos y operaciones realizados entre la administración pública y terceros. Por otro lado, resguarda la fidelidad de las personas particulares que intervienen en la tasación, partición, adjudicación o administración de bienes también particulares. En ambos casos lo punible no es un acto de fraude patrimonial o su intento, sino, en sí mismo, por los peligros que implica, el simple acto del agente de tomar interés ajeno al de la administración pública o al del particular en cuyo interés obra” (la cursiva me pertenece)⁶⁷. Esta exégesis es la aceptada comúnmente por los autores nacionales⁶⁸.

⁶⁵ MILLÁN, Alberto S., *El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en *Doctrina Penal*, p. 28. En igual sentido, CNCCor., sala I, 18-9-96, “W., C.”; J. A. 1998-II-266; CNFed.CCor., sala I, 19-5-2003, “Dirección Nacional del Registro de la Propiedad Automotor”, L. L. del 22-3-2004, s. 107.109.

⁶⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 4ª reimp., Tea, Buenos Aires, 1992, p. 246.

⁶⁷ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, t. V, vol. II, p. 128.

⁶⁸ DONNA, ob. cit., p. 314; SANCINETTI, Marcelo A., *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en *Doctrina Penal*, Año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 72; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. VII, § 146 2, p. 334; SIERRA, Hugo Mario, *El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*, en L. L. 2000-E-1129, Doct.; HEGGLIN, María Florencia, *La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal*, en *Doctrina Penal*, p. 207. Por su parte, VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la función pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 455, afirma que el bien jurídico protegido consiste en la exigencia genérica de que “observe una conducta tal que toda intervención que realice al respecto, sea irreprochable, transparente, insospechable y esencialmente prescindente de sus intereses particulares”.

En suma, la doctrina sostiene que la imparcialidad de los funcionarios públicos en el manejo de las cuestiones públicas sometidas en el marco de su competencia resulta ser el interés penalmente tutelado por la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

Respecto a la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia dice que "En los delitos que, además de lesionar diversos bienes jurídicos, presuponen que la lesión sea cometida mediante abuso de autoridad, como sucede por ejemplo con el prevaricato, la corrupción del funcionario, la malversación, el allanamiento de morada, y muchos otros, la pena conminada para el hecho no sólo ha tenido en cuenta la lesión del bien jurídico, que permite ubicarlo sistemáticamente dentro de la dogmática del Código, sino también la extralimitación que vicia la legalidad y regularidad misma del acto del funcionario..."⁶⁹

A esta altura de la exposición pueden sintetizarse las diversas opiniones en torno a la idea de que la probidad y la lealtad deben ser las notas comunes que caractericen al ejercicio de la función pública. Todo apartamiento de estas reglas cardinales por parte del funcionario público implicaría un ejercicio *abusivo* del cargo público, sin necesidad de asociar a esta exégesis el requisito del ilegítimo beneficio patrimonial del agente.

En cambio, algunas otras sentencias consideraron que el bien jurídico tutelado es el "prestigio de la administración"⁷⁰ o "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"⁷¹. Ante lo dicho cabe efectuar en este punto una aclaración. Cabe objetar la identificación del bien jurídico protegido con el

⁶⁹ CSJN, 3-3-87, "Fiscalía Federal s/Denuncia infracción art. 144 bis, inc. 2º, del Cód. Penal".

⁷⁰ C3Crim. de La Plata, 3-10-57, Digesto Jurídico *Derecho Penal*, p. 943, cit. por MILLÁN, ob. cit., p. 28.

⁷¹ CFed. de Córdoba, Sala Crim., 11-5-81, "R., R. A.", J. A. 1981-IV-332; CPen. de Rosario, sala III, "D., A.", CNFed.CCorr., sala II, "D. F., A.", B. J. 1989-305; STJ de Entre Ríos, Sala Crim., 16-11-78, "B., A. H.", *Zeus* 19-89.

"prestigio" de la administración pública porque el Derecho Penal no puede trabajar con ficciones. El prestigio de la administración no puede constituirse sin más en un interés tutelable, por cuanto este atributo de buen nombre de la administración pública, hoy en día severamente cuestionado por la sociedad, puede no pertenecer a la realidad y resultar directamente un deseo compartido, una meta alcanzable, pero nunca integrar per se un valor ético-jurídico que justifique la amenaza de pena.

Esta circunstancia de identificar al bien jurídico con la "apariencia de integridad de la administración pública" no es una cuestión ajena a otros sistemas jurídicos.

Los integrantes de la Corte Suprema canadiense tuvieron la oportunidad de debatir el contenido y alcance de la tutela proporcionada, *mutatis mutandis*, por la figura de la corrupción. La mayoría de los integrantes afirmaron que "el objetivo crucial del artículo 121(1) c) no es simplemente preservar la integridad del gobierno, sino también preservar la apariencia de integridad. Teniendo en cuenta la confianza y las pesadas responsabilidades relacionadas con los cargos públicos, es normal que los funcionarios gubernamentales deban adecuarse a los códigos de ética que, para un simple ciudadano, serían muy severos. Puede causar un perjuicio contra la integridad del gobierno cuando los funcionarios reciben beneficios, incluso en ausencia de un motivo ilícito. Es perfectamente estéril que un gobierno sea paralizado por los rumores y las insinuaciones, mientras una investigación se desarrolla a propósito de los motivos del origen de una ventaja o un beneficio entregado a un funcionario. Esta disposición criminaliza el comportamiento del funcionario o empleado gubernamental que, dentro de ciertas circunstancias, acepta un beneficio de una persona que tiene relaciónes de negocios con el gobierno. La infracción creada es un crimen vinculado al comportamiento, lo que significa que es innecesario un resultado determinado desprendido de la perpetración del acto prohibido"⁷².

La posición minoritaria sostuvo, por su parte, que la importancia

⁷² Vid. "R. c/Hinche" [1996], 3 R. C. S. 1128. En igual sentido, "R. c/Vander Zalm" [1992], B. C. J. N° 1390 (S. C.); Supreme Court of British Columbia, 26-3-2002, "R. c/Pilarinos".

del artículo 121 radica en "garantizar la integridad de sus funcionarios [...] los actos exigidos necesarios para la perpetración de la infracción son la entrega 'de una comisión, recompensa, ventaja o beneficio de cualquier naturaleza' por una persona que tiene 'relaciones de negocios con el gobierno', la aceptación de 'una comisión, recompensa, ventaja o beneficio de cualquier naturaleza' por un funcionario y la ausencia de consentimiento del superior jerárquico de aquel relacionado con la aceptación del beneficio"⁷³.

Las distinciones marcadas por ambas posturas son, a mi juicio, significativas.

La posición mayoritaria entiende que el objeto de tutela es la integridad de la administración pública que incluye la mera "apariencia" de esta cualidad. No parece ser otro el interés necesitado de protección penal: la apariencia de integridad ética del Estado. No puede ser otra la interpretación cuando se afirma en la sentencia que el crimen se relaciona con el comportamiento del agente que debe ajustarse al código de ética de una sociedad, pero lo preocupante es el esfuerzo por mantener sin fisuras un aparente velo de integridad ética en el ejercicio de la función pública.

Así, entonces, se desdibuja la regla de comportamiento de la norma y se vacía de contenido apto para guiar las conductas de los funcionarios públicos.

En cambio, desde una perspectiva personal, la minoría identifica correctamente el bien jurídico tutelado penalmente con la integridad ética de sus miembros, es decir, parte desde una postura personalista del bien jurídico y coloca a la persona en el centro de esta tutela. La importancia de la integridad de la administración pública en el manejo de los asuntos públicos está dada por la actuación correcta y desinteresada que debe guiar a sus integrantes, vale decir, el bien jurídico protegido se relaciona con la actuación ética de los funcionarios en la esfera de los asuntos públicos⁷⁴.

⁷³ Vid. "R. c/Hinchey" [1996], 3 R. C. S. 1128.

⁷⁴ Vid., por todos, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, ps. 108 y ss. Sobre el desarrollo y la esencia del concepto de bien jurídico, cfr. WELZEL, Hans, *Estudios sobre el sistema del Derecho Penal*, trad. de Gustavo Eduardo Aboso

Esta contraposición entre las dos posiciones permite comprender cabalmente los puntos de vista dominantes de la discusión que se viene desarrollando desde hace décadas en el seno de la doctrina penal. Mientras algunos sostienen que el bien jurídico debe ser concebido, modelado, desde el punto de vista del Estado, otros participan de la idea antropocéntrica del bien jurídico y la necesidad de su protección penal como instrumento para el desarrollo de los planes de vida de las personas⁷⁵.

El problema radica, desde mi punto de vista, en el propio objeto de tutela "administración pública". En este punto los autores atienden, por lo corriente, al aspecto global de este bien jurídico que se identifica con el normal y correcto desarrollo de las funciones sociales que cumple el Estado. Sin embargo, los preceptos penales enumerados dentro de esta planificación genérica atienden a las relaciones internas que median entre los funcionarios públicos y el ejercicio de esa función pública. En este aspecto interno debe detenerse realmente el estudio del contenido del bien jurídico en esta clase de delitos. En esta vinculación jurídica entre el funcionario público y la función que cumple el Estado dentro de una sociedad pluralista, donde la persona es el centro del sistema y no su contorno.

Así, pues, me propongo en este apartado intentar delimitar con mejor precisión cual es la esencia del interés jurídico protegido penalmente.

Es verdad de Perogrullo que todas las infracciones previstas en el Título XI del Código Penal argentino protegen de forma amplia el correcto desarrollo de la administración pública en su acepción más extensa. Las conductas ilícitas deben provenir, en su mayor parte, de funcionarios públicos que, por su posición dentro de la administración pública y el encargo privativo del manejo de la cosa pública, son las

y Tea Löw, en *Estudios de Derecho Penal*, Colección Maestros del Derecho Penal, Nº 6, B de F, Buenos Aires, 2002, ps. 40 y ss.; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapater, Bosch, Barcelona, 1984, ps. 36 y ss.; MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Colección Maestros del Derecho Penal, Nº 5, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2002, ps. 112 y ss.
⁷⁵ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, ob. cit., ps. 108 y ss.

personas mejor ubicadas en relación con este bien jurídico para lesionarlo. Como lo sostiene la doctrina alemana, los sujetos pasivos de esta especie de delitos se encuentran obligados a observar un cierto número de deberes especiales íntimamente ligados con el ejercicio de la función pública. Precisamente la infracción de estos deberes especiales, que marcan el correcto desempeño de la función pública, es el contenido de lo injusto de esta clase de delitos de carácter especial.

En este sentido expresa Welzel que "Naturalmente son de 'interés' los valores del estado de las cosas: la vida, la salud, la propiedad, la libertad, etcétera. Por lo tanto, las palabras, en el sentido original, son los 'bienes' del Derecho: la 'situación' protegida jurídicamente (o como se lo quiera denominar). Además de ello, es de 'interés' naturalmente para el Derecho, que tengan lugar acciones, movimientos, desarrollos, etcétera, los cuales mantienen y promueven esta situación, y aquellas acciones, movimientos y desarrollos que no tengan lugar pero influyan en esta situación. De allí que el Estado tiene un interés en conservar su propiedad; a raíz de ello debe tener un interés de que el empleado público, el que administra el erario público, observe de modo correcto sus deberes y no los omita de forma lesiva. No sólo el Estado tiene 'interés' en los 'valores del estado de las cosas', sino también en las acciones y las omisiones, las que se refieren positiva o negativamente a estos valores del estado de las cosas, los cuales son tutelados mediante la permisón o la prohibición de aquellas acciones u omisiones en la pena".⁷⁶

En el caso de la figura de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, entiendo que el deber de fidelidad en la observancia prioritaria de los intereses públicos se erige como el prototipo del bien jurídico protegido. Así, el funcionario público que viola este deber al priorizar otros intereses, sean propios o ajenos, en perjuicio de los intereses públicos que debe cuidar, comete este delito. Esta inobservancia funcional en el manejo de la cosa pública es la lesión concreta al bien jurídico intermedio administración pública.

Por el contrario, la idea de identificar el bien jurídico tutelado con el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos en el manejo

de asuntos públicos se presenta para interpretaciones equívocas. Por esta razón se impone la necesidad de formular algunas observaciones.

Primero. El funcionario público que interviene, en función de su cargo, en cualquier contrato u operación debe perseguir un interés público en dicha contratación. Este interés se identifica con el interés de la administración pública. Por esto no puede hablarse lisa y llanamente de una imparcialidad en el ejercicio de su función. Todo lo contrario. El funcionario público debe colocarse, en primer lugar, los intereses de la administración al momento de preparar, concertar o ejecutar un contrato u operación. De acá que el funcionario público está obligado a actuar de forma imparcial en el negocio público, y no conservar el quimérico buen nombre de la administración. El funcionario público representa en dicha concertación a una de las partes interesadas que es la que tiene las funciones de administración, manejo y cuidado de la cosa pública. Lo que se le impone al funcionario público en su ejercicio es el deber de fidelidad en la correcta prelación de los intereses en juego.

Segundo. De acuerdo a este punto de vista, la postura de la doctrina mayoritaria sobre el tema de la imparcialidad como eje central del bien jurídico protegido tampoco se contrapone con la exégesis aquí propuesta. Para esto es menester aclarar que el agente público actúa en esta clase de delitos especiales desde una doble posición: por un lado, desde la relación administración-funcionario, está obligado a observar el deber de fidelidad durante la génesis y ejecución del contrato u operación en la que interviene en función de su cargo; por el otro, desde la relación funcionario-particulares, la infracción de aquel deber deberá repercutir en la lesión de la imparcialidad que debe exigírsele a los funcionarios públicos, en su carácter de representantes de la función pública.

Tercero. Lo contrario implicaría convertir esta figura penal en un *delito de sospecha*, donde sería innecesario acreditar la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario público hacia la administración pública, sino tan sólo la presencia de los intereses contrapuestos, sin necesidad de justipreciar la vital subversión del orden de preeminencia que media entre ambos.

A modo de ejemplo, si el funcionario público obtiene un precio

ventajoso, un mejor servicio para la administración pública que los ofrecidos en plaza, o por cualquier otro oferente, no comete el delito de negociaciones incompatibles siempre y cuando coloque en primer lugar los intereses públicos. El ámbito de aplicación de esta figura no alcanza el legítimo beneficio de gestiones o negocios concertados de acuerdo a las pautas jurídicas establecidas para su formación y adjudicación.

Cuarto. El Código ético establecido por la ley 25.188 impide sostenimiento de la buena fortuna la cuestionada indeterminación de los deberes a los que se encuentra obligado el funcionario público. En adelante, el funcionario público deberá observar esta auténtica tabla de deberes éticos en el ejercicio de sus funciones y evitar así recaer en conductas lesivas para los intereses penalmente tutelados bajo la rúbrica "administración pública".

Quinto. Estos deberes específicos que tiene el funcionario público traen aparejadas diversas consecuencias para la teoría del autor y la participación criminal. Así, pues, Roxin propuso desear hacer tiempo la aplicación del criterio rector del dominio del hecho por el de la infracción de deber (*Pflichtdelikte*)⁷⁷. La infracción consistente del deber por parte de aquellos que deben ajustar su conducta a esta regla general de actuación importa el fundamento de la autoría. Estos deberes son de naturaleza extrapenal. Esta limitación del círculo de autores impuesta por los deberes específicos extrapenales implica que todo aquel que no se encuentre abarcado por una relación de sujeción a dichos principios éticos no podrá ser considerado autor, tan sólo partícipe. En síntesis, este delito de negociaciones incompatibles protege el deber de fidelidad del funcionario público en el manejo de la cosa pública, la que se contrapone a la peregrina idea de la apariencia de integridad o prestigio de la administración pública, como a la impuesta imparcialidad subjetiva del funcionario público.

⁷⁷ ROXIN, ob. cit.

ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

Tres tipos penales parecidos
por SANDRO F. ABRALDES

SUMARIO: I. Introducción. II. Las acciones típicas. 1. El atentado y el bien jurídico protegido. 2. La resistencia y el bien jurídico protegido. 3. La desobediencia y el bien jurídico tutelado. III. Los principales puntos problemáticos de estos tipos penales. 1. La distinción básica entre ellos. 2. La aplicación analógica de las agravaciones del artículo 238 a los casos de resistencia y desobediencia. 3. La resistencia a la autoridad y la legítima defensa. 4. El delito de desobediencia y la antijuridicidad.

I. Introducción

El objeto de esta exposición estará centrado en la distinción de tres tipos delictivos que presentan un rasgo común, cuales son el atentado, la resistencia y la desobediencia a la autoridad.

El sesgo comunitario de las tres figuras legales pasa por las variantes posibles que pueden adoptarse frente a la orden de un funcionario público en ejercicio funcional: en un plano conceptual y con relación a una directiva funcional, podría considerarse la posibilidad del intento dirigido a que el funcionario disponga hacer lo que otro sujeto quiera que aquel haga, o bien aquella otra variable en la que—conformada y dispuesta una decisión—este sujeto se oponga a dicha orden, para finalmente examinar la hipótesis de la simple desatención del mandato. Luego, dicha característica con inicial aptitud uniformadora de los

tipos penales enuncidados se constituye en una de las razones que obliga al intérprete a realizar el distinguo: como señalaba Aristóteles, las cosas se diferencian en lo que se parecen¹.

Por lo demás, la diferenciación no sólo encuentra atractivo a partir de los beneficios que suele reportar el correcto ejercicio teórico: la jurisprudencia de nuestros tribunales exhibe vaivenes y confusiones al respecto²; cumple señalar, en tal dirección, la frecuente detección de sentencias que califican al hecho imputado como "atentado y resistencia a la autoridad", o bien, lo que es aun más preocupante, aplican las circunstancias de agravación contenidas en el artículo 238 del Código Penal a las conductas contempladas en el artículo 239 de ese cuerpo normativo³.

Ni que hablar del delito de desobediencia, cuyo contenido de antijuridicidad material es, según se verá, un verdadero misterio.

II. Las acciones típicas

Desde el sujeto activo, los tres tipos legales presentan una característica común: no hay exigencia de relación de dominio con respecto al bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública. Vale recordar aquí que ciertos bienes jurídicos pueden situarse en estructuras cerradas, imitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos. La relación entre estos bienes jurídicos —tal el caso de la administración pública— y las personas habilitadas para agredirlos ha sido denominada, por autorizada doctrina, "relación de dominio"⁴. Entonces, sujeto activo

¹ Citado por ABRALDES, Sandro F., *La estufa mediante medios mecanizados*, en L. L. 1997-C-1444.

² La confusión doctrinaria y jurisprudencial, junto a su incidencia negativa en la demarcación de límites, fue apuntada hace ya más de veinte años por CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 72; más recientemente, DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 33-4.

³ Véase, al respecto, CNCCor., sala V, 14-12-2001, "I., A. G.", y c. 17.999, 6-2-2002, "A., P. H."

⁴ DONNA, ob. cit., t. III, ps. 19-20; cabe señalar que desde esta posición se critica aquella otra que tiende a ver el fundamento de la autoría en los delitos especiales en la infracción al deber. En este aspecto, no debe olvidarse que la reciente Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (25.188) señala en el artículo 2º los deberes

es el particular, que sólo en el caso de la desobediencia debe coincidir con el destinatario de la orden funcional. Únicamente se contempla una agravación para el caso de funcionario público, aplicable, merced a la técnica legislativa utilizada, para el supuesto de atentado.

1. El atentado y el bien jurídico protegido

Según Moreno, existe atentado a la autoridad si se verifica una coerción para obtener del funcionario la ejecución o la omisión de un acto propio de sus funciones, esto es, el propósito debe ser el de imponer el acto o impedirlo, vale decir, conseguir la acción o evitarla, obligando a la omisión⁵.

Al decir de Creus, en el atentado lo que el sujeto activo quiere es superponer su voluntad a la del funcionario, y vaciar el contenido del acto funcional de las direcciones intencionales que éste puede otorgarle, para llenarlo con las suyas propias⁶. No se trata de la acción de atentar, vocablo que sólo se vincula con la denominación doctrinaria del delito, sino que consiste en emplear intimidación o fuerza contra el funcionario público para imponerle un determinado hacer o una determinada omisión de orden funcional, es decir, algo para cuya realización la ley le asigna competencia⁷.

La razón de tutela de este tipo legal ha sido tradicionalmente reconocida en la exigencia de funcionamiento y, sobre todo, de prestigio de la administración pública, precisamente en el sentido de que los funcionarios no deben padecer, de parte del particular, condicionamientos en el proceso de formación de sus decisiones⁸. El tipo penal del atentado salvaguarda la libertad de decisión del funcionario, lesionada por una conducta multiofensiva, de usurpación de los funcionarios públicos: sin duda ello completa y delimita los deberes en la función pública, a partir del expreso reconocimiento jurídico, lo que a su vez integra la tipicidad objetiva.

⁵ MORENO (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, t. VI, p. 123.
⁶ CREUS, ob. cit., p. 10.
⁷ CREUS, ob. cit., p. 11.
⁸ FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte speciale*, 2ª ed., reimpression act., Zanichelli, 2001, p. 280.

de autoridad y de privación de la libertad del funcionario en cuanto ser humano⁹; es que la violencia o la amenaza constitutiva de lo ilícito quebrantan el interés del Estado en el normal funcionamiento y en el prestigio de la administración pública, además de aquel concerniente a la libertad moral y a la incolumidad física del oficial público¹⁰.

Sin embargo, autorizada doctrina tiende a reconocer cierta afectación al principio de igualdad en cuanto canon fundamental del Estado de Derecho, ya que la condición personal de quienes pertenecen a la administración pública no puede dejar de estar parificada a la de todos los ciudadanos¹¹. En esta dirección, la Corte Constitucional italiana puso coto a tal concepto: la tutela personal de la persona física, titular del cargo público, queda absorbida en aquella del prestigio de la administración pública¹².

2. La resistencia y el bien jurídico protegido

Resiste a la autoridad el que, ante la acción de hecho de ésta, lucha contra ella para que no se puedan cumplir sus propósitos¹³; implica el empleo de la fuerza o de amenazas contra la acción del funcionario¹⁴. Es la reacción inmediata a la conducta del funcionario público por medio de la violencia corporal o la intimidación contra su persona; para que ésta se dé es preciso que la acción del funcionario se halle en curso y el autor debe perseguir el fin de impedir o entorpecer la acción de aquel¹⁵.

El tipo legal de la resistencia a la autoridad protege la libertad de acción del sujeto paciente, una vez que ha tomado la decisión de actuar¹⁶.

⁹ DONNA, ob. cit., t. III, p. 34; en la doctrina penal italiana, acorde con estas ideas se expresa PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 342.

¹⁰ Cass. I, 21-9-89, citado por CIAFARDINI, Luciano y RUSSO, Nicola, *Codice Penale operativo e leggi complementari*, Simone, Napoli, 2002, p. 567.

¹¹ FIANDACA y MUSCO, ob. cit., p. 280.

¹² FIANDACA y MUSCO, ob. cit., p. 280.

¹³ MORENO, ob. cit., t. VI, p. 129.

¹⁴ MORENO, ob. cit., t. VI, p. 129.

¹⁵ CEREZO MIR, José, *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia, en Problemas fundaméntales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, ps. 216-7.

¹⁶ DONNA, ob. cit., t. III, p. 34.

Es por ello que con la disposición penal se quiere tutelar el interés de la administración pública a no padecer obstáculos en el momento en el que, para cumplir sus tareas institucionales, debe proceder a la actuación de su voluntad¹⁷.

3. La desobediencia y el bien jurídico tutelado

Desobedece el que se niega a cumplir una orden¹⁸. En esta falta toda reacción por medio de violencia corporal o intimidación¹⁹.

No es cierto que se trate de un puro delito de omisión, ya que si la orden es prohibitiva—por ejemplo, una medida cautelar que ordena no acercarse a la víctima—, el tipo de lo injusto será un delito de acción²⁰.

¹⁷ FIANDACA y MUSCO, ob. cit., p. 285.

¹⁸ MORENO, ob. cit., t. VI, p. 129.

¹⁹ DONNA, ob. cit., t. III, p. 86.

²⁰ CEREZO, *Los delitos de atentado propio...* cit., p. 249.

Inexacta, por tanto, deviene la afirmación de Creus referida al acierto dogmático de la posición que considera a la desobediencia un delito de pura omisión, en cuanto la norma-mandato se representa en la obligación de obedecer órdenes de la autoridad y, por ello, se trataría de una norma imperativa (obedecerás) cuya violación sólo sería posible por medio de una conducta que deje de adoptar la que el mandato dispone, esto es, dejar de obedecer, no obedecer (ob. cit., p. 62).

La conformación de la acción típica no puede estar unida de modo exclusivo al enunciado de la norma, cuya exposición lingüística puede modificarse a gusto del intérprete (válido sería, en este sentido, conjeturar que el mandato normativo indica, por ejemplo, no desobedecer una orden impartida funcionalmente). Señala Cerezo Mir que se estará ante una acción siempre que se dé una utilización de factores causales en dirección a un fin (criterio de la causalidad), mientras que en la omisión falta la finalidad (voluntad de realización) y la causalidad; agrega el citado autor que el problema no es tanto de distinción entre la acción y la omisión, sino de la relevancia jurídico penal de la acción o la omisión, esto es, determinar si la acción o la omisión están comprendidas en los correspondientes tipos delictivos (CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, 2001, t. III, ps. 256-7).

Estimo que mayor claridad aun en la cuestión puede obtenerse a partir de la magnífica y ya legendaria tesis doctoral de Silva Sánchez, allí se explica, entre otras cosas, que la omisión surge de un juicio de imputación que se produce en el tipo, cuyas bases son la conducta efectiva del sujeto y la pretensión, típicamente establecida, del bien jurídico de recibir una protección positiva y no sólo negativa. Para dicho autor lo decisivo en los tipos de omisión es la obtención de prestaciones positivas de unos individuos a favor de otros con el fin de mejorar o potenciar sus situaciones jurídicas, mientras que lo propio de la comisión es la evitación de intromisiones

La discusión no es precisamente menor, a partir de la distinta configuración del dolo en el delito de omisión²¹. El normal desenvolvimiento de la administración se vería comprometido si las órdenes impartidas por los funcionarios pudieran ser desoídas impunemente. Se protege, de tal modo, la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad²². Requiere la existencia de una orden o mandato de la autoridad, que debe ser concreta, continente de una conminación directa y clara, dirigida a un destinatario determinado, emanada de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, dentro de su esfera de competencia y generadora de la obligación inmediata de cumplimiento por parte del destinatario²³.

III. Los principales puntos problemáticos de estos tipos penales

1. La distinción básica entre ellos

Tanto el atentado a la autoridad como la resistencia a la autoridad necesitan del empleo de fuerza o intimidación como taxativos medios típicos. La diferencia entre ellos ha sido tradicionalmente tomada del fallo plenario "Pallienko"²⁴: se está en presencia del delito de atentado cuando el acto funcional no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado

lesivas de unos individuos en la esfera jurídica de otros (SILVA SANCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2003, ps. 195-6).

²¹ Explica Cerezo Mir que al no existir en la omisión ni relación de causalidad ni voluntad de realización, el dolo tendrá que ser concebido en esta forma de aparición del hecho punible de un modo distinto que en los delitos de acción, de tal modo que consistirá simplemente en la conciencia de la no realización de una acción con conocimiento de la capacidad concreta de acción (CEREZO MIR, *Curso...* cit., t. III, p. 253).

²² DONNA, ob. cit., t. III, p. 85.

²³ CNCas.Pen., sala III, 15-8-2002, "G., H. S.", donde se sostuvo que resultaba atípica dentro de las previsiones de la figura legal del delito de desobediencia la conducta desplegada por el imputado con prisión preventiva que, durante la entrevista previa con su abogado defensor al momento de prestar una ampliación de declaración indagatoria, se fugó del tribunal mediante un salto por la ventana.

²⁴ CNCCorr., en pleno, 28-11-47, "Pallienko, B.", fallos V, p. 747 y L. L. 49-125.

por el funcionario; con respecto a la forma de exteriorización, la voluntad del funcionario no debía haber pasado al estado de ejecución, es decir, no debía haberse transformado en una orden dirigida al destinatario.

Este es el criterio imperante en la jurisprudencia a los fines de la delimitación, por cierto de naturaleza temporal y estrechamente vinculado a la exteriorización de la voluntad del funcionario: para que exista atentado a la autoridad es menester que el acto funcional no haya sido iniciado, ya que la contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario es el rasgo más firme que distingue la resistencia del atentado²⁵; una vez dada la orden por el funcionario público, sólo es posible el delito de resistencia a la autoridad²⁶. Todavía más, se ha entendido que existe resistencia a la autoridad si el sujeto se opone con violencia a la acción 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 cargo²⁷; para concluir este apartado, cumple aludir al criterio correcto según el cual los delitos de resistencia y atentado a la autoridad son incompatibles entre sí a los fines de la aplicación conjunta al mismo hecho²⁸.

El criterio de distinción examinado es pasible de ciertas críticas, a partir del bien jurídico protegido por el delito de atentado, es decir, la libertad de formación de la voluntad de decisión, o sea, su libre determinación. Habría que reformular esta noción, al menos ampliarla en el sentido de que esa libertad de formación puede ser afectada hasta el momento de la exteriorización (podría sostenerse que existiría la posibilidad de que el funcionario desista o revea la decisión conformada y ello, entonces, implica afectación a la libre determinación), por cuanto bien cabe la posibilidad de la existencia de un segmento temporal intermedio en el cual la resolución esté ya tomada pero aún no se haya iniciado su ejecución.

Por otra parte, la pauta temporal de distinción ha sido considerada un tanto rígida, ya que en los casos de actos administrativos complejos,

²⁵ CNCCor, sala I, 14-4-97, "Z., J. M.", L. L. 1998-A-360.
²⁶ CNCCor, sala I, 7-3-2002, "M., V.", L. L. 2001-B-534.
²⁷ CNCCor, sala IV, 22-4-93, "R., J. F."
²⁸ CNCCor, sala V, 10-9-2002, "B., G. R."

que alcanzan a verdaderos procedimientos, el atentado y la resistencia podrían intercarse, con lo que difícil sería una diferenciación entre ambos ilícitos²⁹.

A su turno, la resistencia se diferencia de la desobediencia porque en esta última falta el uso de fuerza o intimidación. Como ya se dijo, en la desobediencia falta toda reacción por medio de violencia corporal o intimidación³⁰.

2. La aplicación analógica de las agravaciones del

artículo 238 a los casos de resistencia y desobediencia

Probablemente la vigencia en su día del decreto-ley 21.338, que incluyó las formas calificadas hoy reguladas en el artículo 238 del Código Penal tanto para el atentado como para la resistencia, precisamente en la misma línea que su parigal 17.567 (sobre la base del art. 307 del Proyecto de 1960), sea el punto inicial de la confusión jurisprudencial que ha tenido por consecuencia la extensión aplicativa por vía analógica de formas agravantes a supuestos básicos (ambos del art. 239, Cód. Pen.), para los cuales no se hallan contempladas. En aquella redacción la aplicación de las agravantes a la resistencia estaba expresamente prevista, dado que el artículo 237 del Código Penal regulaba el atentado, el 238 la resistencia y el 239 el atentado y la resistencia agravados. No obstante, nótese que la desobediencia no aparecía siquiera mencionada en el epígrafe del tipo legal mencionado en último término. En la actualidad, no caben dudas de que las formas calificadas del artículo 238 del digesto de fondo son de aplicación para el atentado únicamente³¹. Una solución más amplia equivaldría a alterar el orden lógico que implica regular el tipo básico y luego el agravado. Por lo demás, así lo ha entendido la jurisprudencia más reciente³².

²⁹ PAGLIARO, ob. cit., p. 343.

³⁰ DONNA, ob. cit., t. III, p. 86.

³¹ DONNA, ob. cit., t. III, p. 50; véase, asimismo, MORENO, ob. cit., t. VI, ps. 124-5, Nº 113 y 114.

³² Véase, en tal sentido, la nota a pie de página Nº 3; asimismo, TCas. Pen. de la

Prov. de Buenos Aires, sala II, 10-10-2002, "M. G. D."

Más antiguamente, CNCCorr., sala VII, 9-11-90, "T. H."

3. La resistencia a la autoridad y la legítima defensa

No es precisamente nuevo el debate acerca de si deviene la defensa necesaria, también llamada legítima defensa, frente a los actos ilegales de un funcionario público³³.

Inicialmente podría señalarse que la cuestión está resuelta a partir del elemento normativo del tipo legal que exige ejercicio legítimo de funciones. Luego, si hay ejercicio ilegítimo, no habrá posibilidad típica de resistencia a la autoridad. Sin embargo, esta solución sería puramente parcial ya que sabido es que en caso de ser necesaria la defensa, ésta puede incluir la afectación de bienes jurídicos fundamentales, incluso la vida.

Sin duda influye en la solución que vaya a darse el concepto que se maneje de Estado y de ciudadano³⁴. Si en un Estado de Derecho nadie está obligado a cumplir una orden antijurídica, válido es conjurar que tampoco puede verse obligado, por regla general, a tolerarla.

La doctrina calificada aduce, desde lo normativo, que al no estar blecer el Código Penal restricción alguna en el requisito de la agresión ilegítima, debería afirmarse la posibilidad de legítima defensa frente a los actos antijurídicos de las autoridades³⁵. No obstante, existen ciertos

³³ El desarrollo histórico y comparativo de soluciones puede consultarse en DON-NA, ob. cit., t. III, ps. 63 y ss.

³⁴ Esto puede verse claramente en el caso italiano. El Código Zanardelli contenía una disposición relativa a la reacción a los actos arbitrarios del funcionario, análoga a la vigente en la actualidad, cual es el art. 4º del dec. leg. italiano del 14-9-44, Nº 339, 341, 342, 343 del Cód. Pen. cuando el funcionario público o el encargado de un servicio público o un empleado público haya causado el hecho previsto en los mencionados artículos, excediendo con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones. El Código Rocco, con la motivación oficial de que era suficiente con las disposiciones sobre legítima defensa, en su día no la reprodujo en su texto. La exclusión estuvo fundada, según autorizada doctrina, en una razón política, ligada al intento del régimen fascista de tutelar siempre a la autoridad pública, incluso cuando no existiera mérito para ello. Una de las primeras preocupaciones del régimen democrático una vez restaurado, luego de la Segunda Guerra Mundial, fue la de reintroducir el instituto y brindar así un atuendo más liberal a las relaciones entre el Estado y el ciudadano; PAGLIARO, ob. cit., ps. 337-8.

³⁵ CEREZO MIR, *Curso...*, cit., t. II, p. 223.

En igual sentido, CERREZO MIR, *Curso...* cit., t. II, p. 225.
³⁶ CERREZO MIR, *Curso...* cit., t. II, p. 227.
³⁷ CERREZO MIR, *Curso...* cit., t. II, p. 227.
³⁸ FIANDACA y MUSCO, ob. cit., p. 306.
³⁹ FIANDACA y MUSCO, ob. cit., ps. 306-7.

defensiva será ilícita cuando aparezca como absolutamente desproporcionada no con el bien jurídico agredido sino con la entidad criminal del ataque; para este autor, la racionalidad exigida por la ley va referida exclusivamente a la necesidad.

I. Existe consenso prácticamente unánime en torno a la idea según

4. *El delito de desobediencia y la antijuridicidad*

Según autorizada doctrina, el requisito de la relación de causalidad implica la exigencia de una proporción entre la reacción y el hecho que la ha provocado. A la evaluación de la proporción se llegará teniendo en consideración la gravedad de la agresión y la entidad de la reacción defensiva y, sobre todo, mediante la valoración de los medios reactivos a disposición del agredido y aquellos que efectivamente empleó.³⁹ En verdad, estas ideas tienden a replantear la cuestión sobre los límites de la legítima defensa con relación a la afectación cuantitativa y cualitativa de los bienes jurídicos del agresor.

manece la exigencia de actualidad en la agresión.
 al comportamiento del funcionario público³⁸. Además, incólume permanece que la reacción del particular debe ser contextual con respecto deba considerarse determinante de la reacción del privado. Esto significa existir un nexo de causalidad, una relación por la cual el acto ilegítimo Por lo demás, entre el comportamiento arbitrario y la reacción debe a cabo la orden antijurídica emanada de otro funcionario³⁷.

la legítima defensa frente a un funcionario a su vez obligado a llevar a cabo la orden antijurídica emanada de otro funcionario³⁷.
 la legítima defensa, ya que cuando ello ocurra lo será no sólo para sus subordinados sino también para los particulares afectados o por su realización. Otra solución llevaría a la inequitativa solución de permitir el acto antijurídico del funcionario es obligatorio no será posible la Administrativo vigente en cada país. En este orden de ideas, cuando los actos administrativos nulos³⁶, información que remite al Derecho a actos estatales antijurídicos obligatorios, concepto que no alcanza a

la cual no se configura el tipo penal de la desobediencia si el incumplimiento de la orden tiene previsto una sanción especial⁴⁰.

Se ha argumentado, en dicha dirección, que la existencia de sanciones especiales para el incumplimiento de determinadas órdenes de la autoridad desplaza el tipo penal de la desobediencia, sin que tenga relevancia la naturaleza de la disposición legal que establece aquella, ni de la infracción⁴¹. El argumento que sostendría tal afirmación de vendría de la aplicación del principio de especialidad. En efecto, se tiene dicho que se estaría ante un concurso aparente de delitos, donde el tipo penal en cuestión quedaría sustituido por la desobediencia específica⁴². Ahora bien, para que dicho desplazamiento cobre operatividad—siempre dentro de esta posición—resulta indispensable que la sanción por el particular incumplimiento deba estar especialmente prevista, sin que a tal efecto sean útiles medidas de índole general carentes de una clara tipicidad sancionadora (vgr., la clausura de locales de comercio por la autoridad municipal hasta que cumplan determinadas disposiciones reglamentarias) o que sólo posean carácter preventivo (clausura de un local por razón de peligro de derrumbe) o que persigan la finalidad de hacer cesar la infracción (detención de un automotor hasta que se complete la documentación)⁴³.

Esta noción, que, como se dijo, goza de excelente estado de salud en la pacífica doctrina nacional, me parece escasamente convincente y en verdad su construcción se presenta como una salida atractiva y necesaria para limitar el uso de la herramienta más lesiva que tiene el Estado a su disposición—la pena—, ya que la falta de delimitación concreta de lo injusto proyecta la aplicación extendida y sobredimensionada del Derecho Penal.

II. La aseveración según la cual la existencia de sanciones especiales

⁴⁰ DONNA, ob. cit., t. III, ps. 88-9, quien agrega que si la orden impartida por autoridad judicial tiene prevista una sanción especial no es subsumida por el tipo de la desobediencia.

Véase, por todos, CREUS, ob. cit., p. 67.

⁴¹ CREUS, ob. cit., p. 67.

⁴² CREUS, ob. cit., p. 67.

⁴³ CREUS, ob. cit., p. 67.

para el incumplimiento de determinadas órdenes de la autoridad des-
plazaría el tipo penal de la desobediencia contradiice el concepto mismo
de antijuridicidad en cuanto estadio independiente de la teoría del delito
y el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal.

Ya inicialmente cabe apuntar una inconsistencia conceptual tras-
cendente: aunque no se lo diga expresamente, la doctrina utiliza el
parámetro de existencia de sanciones específicas dentro del orden ju-
rídico para determinar la tipicidad de la conducta, esto es, a fin de
establecer si el hecho es relevante para el Derecho Penal –tal el aserto
sobre la tipicidad– se utilizan parámetros vinculados con todo el orden
jurídico, lo que a nivel sistemático supone una indeseable e innecesaria
confusión de la tipicidad con la antijuridicidad. Es que la sede propia
para brindar reconocimiento a la unidad del ordenamiento jurídico es
la antijuridicidad, a través de las causas de justificación⁴⁴. Precisamente,
el hecho típico es antijurídico cuando no concurre una causa de jus-
tificación, la que puede y debe ser extraída no sólo del Derecho Penal⁴⁵,
y ello implica una contradicción no sólo con las disposiciones del
Derecho Penal sino con las de todo el orden jurídico.

El Derecho Penal impone limitaciones tan sólo cuando ello resulte
indispensable para la protección de la paz social; el poder punitivo
del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para
proteger la convivencia humana; es por ello que el Derecho Penal
somete a sus disposiciones únicamente a un número específico de il-
citos, cuales son las formas más graves e inadmisibles de las conductas
antijurídicas⁴⁶. Una medida de tanta gravedad como es la pena deviene

⁴⁴ Véase, al respecto, CERREZO MIR, *Curso...*, cit., t. II, p. 190.

⁴⁵ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Boffill Genzsch y Enrique Almone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 428.

⁴⁶ JESCHKE, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. renovada y ampliada, traducida por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 3; MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 34.

Verdad es que agudas son las observaciones que al respecto efectúa Silva Sánchez, acorde con las cuales el ámbito sistemático de la antijuridicidad en Derecho Penal designa el conjunto de conductas que se estima necesario y lícito prohibir bajo la amenaza de pena y que ello, por puras razones de proporcionalidad, exige en esos hechos una gravedad cualificada. Luego, si su prohibición es cualificada, también

injustificada en tanto una de menor entidad permita confiar en la ob-
tención del mismo resultado, con lo que el Derecho Penal debería ser
una verdadera *ultima ratio*, encontrarse en último lugar y adquirir ac-
tualidad sólo cuando ello fuera indispensable para la conservación de
la paz social⁴⁷.

Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida
en que contraviene una prohibición o mandato legal, mientras que
materialmente antijurídica es en la medida en que en ella se plasma
una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede
combatir suficientemente con medios extrapenales⁴⁸.

Puede discutirse si el Derecho Penal es o no una rama creadora
de antijuridicidad, pero lo que no parecería factible es considerar que
si el hecho registra sanción específica en otro ámbito del orden jurídico
la actuación del Derecho Penal queda vedada; es que justamente ese
dato debería ser el presupuesto básico de inferencia del *ius puniendi*
—vale recordar que existe consenso en cuanto a que el Derecho Penal
somete a sus disposiciones sólo a las formas más graves e inadmisibles
de conductas antijurídicas, esto es, algo que ya ha sido reputado ilícito
en algún sector del ordenamiento—.

En todo caso, habrá que reexaminar el concepto material de delito,
que se remonta más atrás del respectivo Derecho Penal codificado y
pregunta por los criterios materiales de la conducta punible⁴⁹; se trata
de un concepto previo al Código Penal y le suministra al legislador
un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo
que debe dejar impune⁵⁰.

ellos habrán de constituir hechos especialmente graves: hechos que pongan en peligro
especialmente intenso bienes especialmente importantes y que no vean compensada
esa gravedad intensificada por la incidencia de factores que puedan, ciertamente, seguir
mostrando como necesaria y legítima una prohibición jurídica del hecho, pero no una
prohibición jurídico penal (SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho
Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 387).

⁴⁷ MAURACH y ZIPF, ob. cit., t. I, p. 34.

⁴⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de*

la teoría del delito, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña,
Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, p. 558.

⁴⁹ ROXIN, ob. cit., p. 51.

⁵⁰ ROXIN, ob. cit., p. 51.

III. No constituye desobediencia, según la doctrina, el incumplimiento de una resolución judicial, al no poder incluirse en el concepto de "orden", término que si abarca a los mandamientos, cuyo fin es el cumplimiento de una sentencia⁵¹. Aunque vuelve a señalarse que no debe caerse en la confusión de considerar "orden" a la simple imposición de hacer, no hacer o dar, fijada en una sentencia⁵². Tampoco encuadra en la noción de "orden", y por tanto queda excluida de la desobediencia, la referida a intereses personales de las partes⁵³.

IV. Por último, hay cierto consenso en la impunidad para el caso de no acatamiento a la orden de detención, siempre que carezca de fuerza o intimidación⁵⁴. Es que si quien esta detenido puede fugarse impunemente (art. 280, Cód. Pen.), consecuente es que quien aun no lo está también pueda hacerlo⁵⁵.

V. Quien se inicie en el estudio de la desobediencia contenida en el tipo legal del artículo 239 del Código Penal podrá advertir fácilmente que toda la doctrina dedica unos pocos párrafos a la descripción de la conducta incriminada. Este dato contrasta de modo muy evidente con las frondosas páginas que a su turno se destinan a explicar cuándo no hay desobediencia. Se construyen así distintas líneas, con grupos de casos que conforman la excepción a la regla general, a partir de puras especulaciones dogmáticas, muchas veces dotadas de criterios valorativos atendibles pero huérfanas de sostén legislativo a partir de la descripción típica ofrecida por el codificador, según pudo verse en párrafos precedentes. Al respecto, muchas de las conclusiones a que se ha arribado aparecerían sostenidas en el antiguo tipo legal del artículo 240 del Código Penal, que hacía alusión a la orden impartida

⁵¹ DONNA, ob. cit., t. III, p. 86.

⁵² DONNA, ob. cit., t. III, p. 87.

⁵³ DONNA, ob. cit., t. III, p. 87.

⁵⁴ DONNA, ob. cit., t. III, p. 86.

⁵⁵ De todos modos, la solución no es pacífica. Creus sostiene que la cuestión no es tan clara y que las dudas otrora superadas por las leyes 17.567 y 21.338 han vuelto a plantearse (CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed. act., 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 226). Mayores precisiones pueden consultarse en la obra del mismo autor citada en este trabajo (*Delitos...* cit., ps. 71-2).

por el funcionario público en ejercicio de las funciones, algo que hoy no se encuentra en la ley vigente⁵⁶.

A mi juicio esto ocurre porque el tipo legal de desobediencia con-
figura una ley penal previa y escrita, mas no estricta.

La cuestión es grave desde el punto de vista constitucional y obliga
a recordar principios básicos del Estado de Derecho.

El principio de legalidad formal, por sí solo, es insuficiente en
cuanto garantía de seguridad jurídica. Sin embargo, el enunciado formal
de la aspiración de legalidad no desecha sin mas la posibilidad de
analogía⁵⁷ ni implica una autolimitación absoluta del *ius puniendi* es-
tatal.

A ello debe sumarse que el principio de legalidad nunca es sus-
ceptible de plena realización⁵⁸: se trata de un postulado, un óptimo
deseable⁵⁹.

Y el grado más cercano a esa plena realización, a ese óptimo de-
seable, está vinculado con la noción de *lex stricta*, es decir, con el
cumplimiento, por parte del legislador, del mandato de certeza (también
llamado de taxatividad o determinación)⁶⁰; en virtud de éste el legis-

⁵⁶ Creus (*Derecho Penal*... cit., t. II, p. 226) indica que este dato no cambia el
sentido de la tipicidad.

⁵⁷ La base conceptual de tal posibilidad, junto a un desarrollo histórico sucinto e
interesante, puede hallarse en FRIAS CABALLERO, Jorge y CODINO, Rodrigo,
Teoría del delito, Livrosca, Caracas, 1996, p. 19.

Ya anunciaba Welzel que el auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena
sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas; WELZEL,
Hans, *Derecho Penal alemán. Parte general*, trad. de la 11ª ed. alemana por Juan
Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile,
Santiago de Chile, 1993, p. 27.

⁵⁸ CERREZO MIR, Curso... cit., t. I, p. 169, quien agrega que la plena realización
del principio exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización
exclusiva de elementos descriptivos. En contra, Suñ, p. 234, quien no ve problema
en el manejo de un código con enorme cantidad de preceptos penales.

⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Ser-
vicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid,
Madrid, 2000, p. 345, quien agrega que el ciudadano y el juez sólo pueden aspirar,
con realismo, a cotas razonables de certidumbre, condicionadas históricas como cul-
turalmente.

⁶⁰ Afirma Suñ, en oportunidad de un estudio crítico de la legislación y jurispri-
dencia actuales alemanas, que el mandato de determinación se trata de la expresión

lador tiene la obligación de tipificar la conducta punible con la mayor claridad y exhaustividad posibles, determinando inequívocamente el contenido esencial de la prohibición, para que tanto ciudadano como juez puedan conocer con certeza el contenido de ésta y sus contornos⁶¹, es decir, lo que está permitido y lo que está prohibido⁶².

El concepto de *lex stricta* y, con él, el mandato de certeza implican la noción de la libertad sin riesgo, en cuanto el hombre debe poder organizar su vida sobre la confianza en el orden jurídico existente, a cuyo fin debe contar con dos elementos básicos: a) la previsibilidad de las conductas propias y ajenas y de sus efectos; b) la protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico⁶³.

El mandato de certeza se vincula directamente con la teoría del tipo penal⁶⁴. En este punto es donde precisamente debe situarse la cuestión. La afirmación de que un tipo legal satisface las exigencias del principio de legalidad no puede quedar librada con exclusividad

singular más importante del principio de legalidad; SUB, Frank, *El trato actual del mandato de determinación*, traducción al castellano de David Felip i Sabotit, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 223.

En igual dirección, Schunemann, citado por ROXIN, ob. cit., p. 170, quien explica que el punto más importante del principio *nulla poena sine lege* radica en el mandato de precisión de la ley.

⁶¹ Distinto es el segmento temporal en que cada uno debe poder "conocer" el ámbito de lo prohibido: mientras el juez, en cuanto "operador" del Derecho, debe poder "conocer" lo prohibido al momento de hacer aplicación del tipo penal, esto es, desde el punto de vista histórico, en forma posterior a la realización del hecho (y, como sostiene SUB, se le prescribe aplicar únicamente tales leyes, es decir, precisas y comprensibles —ob. cit., p. 225—), el ciudadano debe poder "conocer" el ámbito de lo prohibido, como máximo —y en cuanto derivación del concepto de lo injusto personal, acorde al cual la norma manda o prohíbe acciones y no resultados—, hasta el instante previo a dar comienzo a la acción.

⁶² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ob. cit., ps. 343 y 345.

⁶³ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1988, t. I, ps. 439-40.

Sobre el último de los dos aspectos señala SUB (ob. cit., p. 225) que la formulación de las propias leyes debe ofrecer al ciudadano la posibilidad de conocer las facultades de intervención del Estado que de aquéllas resultan.

⁶⁴ DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 18.

a la sola declamación del principio de legalidad. El codificador satisfará ese "óptimo deseable" a través de cada tipo legal. En términos generales, la mayor respuesta al mandato de certeza puede ser ofrecida mediante la inclusión de una mayor cantidad de elementos descriptivos en el tipo legal⁶⁵. En el caso de la desobediencia, ello implicaría la inclusión de información descriptiva que contextualice más definitivamente a la acción incriminada.

⁶⁵ DONNA, *Teoría...*, cit., t. I, p. 18.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La discusión sobre su inconstitucionalidad

por JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE

SUMARIO: I. Introducción. II. El bien jurídico. III. ¿Delito de acción o de omisión? 1. El principio de culpabilidad: delito de sospecha. 2. El principio de legalidad. 3. El principio de inocencia. 4. La garantía contra la autoincriminación. 5. La violación del principio *ne bis in idem*. 6. El problema del requerimiento de justificación. 7. ¿Renuncia implícita a las garantías constitucionales? 8. El artículo 36 de la Constitución Nacional y la Convención Interamericana contra la Corrupción. 9. El argumento de la lucha contra la corrupción. 10. ¿Es posible reformular el tipo penal para adecuarlo a la Constitución? IV. Conclusión.

I. Introducción

Pensemos en el siguiente ejemplo: X ingresó a la administración pública con un cargo de equivalente a director el 3 de marzo de 2000, percibiendo una remuneración mensual de \$ 3.000. En ese momento el funcionario alquilaba un departamento de dos ambientes, en un modesto barrio de la capital, declarando como únicos bienes un automóvil modelo '86, un terreno en San Justo y una cuenta bancaria con un saldo de \$ 5.600, datos que habían sido correctamente indicados en las declaraciones juradas pertinentes. Al cabo de dos años, cuando X abandona la función, se verificó un incremento notable en su patrimonio, adquiriendo una lujosa vivienda en San Isidro, una casa de fin de semana y un tiempo compartido en un conocido lugar de verano. Además de ello, ha cambiado su automóvil por un 0 km y su cuenta bancaria registra ahora un saldo de \$ 150.000.

Quiénes conocían los orígenes del funcionario, indignados por la

situación, formulan una denuncia penal, logrando que un fiscal requiera la investigación del imputado. El juez lo cita a prestar declaración indagatoria y le indica que según las pruebas, los recibos de sueldo y las propias declaraciones juradas, el total de ingresos durante los dos años no habrían superado los \$ 36.000, requiriéndole —en consecuencia— que justifique cómo adquirió en tan exiguo lapso los bienes mencionados. Ante ello, el imputado guarda silencio haciendo uso del derecho constitucional de negarse a declarar.

La pregunta que sigue es casi obvia: ¿qué decisión debe adoptarse respecto de este funcionario? Existen dos caminos posibles:

1. Si el juez pertenece a un Estado Democrático de Derecho, donde interesa el respeto de las garantías individuales, ese incremento patrimonial que aparentemente no guarda relación con los ingresos del imputado servirá como un indicio o elemento de sospecha para encarar una investigación más profunda. Tratará el juez de demostrar en definitiva las acciones ilegales que hayan generado el enriquecimiento patrimonial, sin perjuicio de que —claro está— el funcionario pueda ser responsable por un delito menor o una infracción administrativa en caso de que haya omitido esos bienes en las declaraciones juradas, o bien si directamente ha incumplido con el deber de presentar dichas declaraciones.

2. Lamentablemente, nuestro sistema penal no sigue ese camino, y el juez podrá, con la sola negativa del imputado, fundar una sentencia condenatoria con base en el tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268.2 del Código Penal¹.

Se trata de una solución novedosa pues no se establecen únicamente disposiciones relacionadas con el deber de los funcionarios públicos

¹ Según el art. 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 justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para distimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. 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 distimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho".

en lo que respecta a la declaración y justificación de bienes, sino que específicamente se reprime el enriquecimiento ilícito a partir del solo hecho de la no justificación del incremento patrimonial por parte del funcionario².

² La Argentina no es el único país con una regulación de este tipo. En México, el art. 224 del Cód. Pen. Federal sanciona a quien "con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Incurrir en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esta circunstancia". Como sanción se prevé el decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución de dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Del mismo modo en Panamá, el Código Penal vigente, dentro de su Capítulo III del Libro Segundo, establece lo siguiente: "Art. 335. Será sancionado con prisión de 6 a 18 meses y de 25 a 75 días-multa al (sic) servidor público que sin incurrir en un hecho punible más severamente penado: No justifique, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento patrimonial suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo público. En el caso del ordinal cuarto de este artículo, la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento, será sancionada con 25 a 75 días-multa". Ahora bien, la Ley 59, de 29-12-99 (Gaceta Oficial Nº 23.961), reglamentó el artículo 299 de la Constitución Política y dictó normas "contra la corrupción administrativa". Entre estas otras disposiciones, en su Capítulo II, denominado *Enriquecimiento injustificado*, dispuso lo siguiente: "Art. 5º. El enriquecimiento injustificado tiene lugar cuando el servidor público o ex servidor público, durante el desempeño de su cargo o dentro del año siguiente al término de sus funciones, se encuentre en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona natural o jurídica, que sobrepasen los declarados o los que probablemente superen sus posi-

La disposición analizada fue incorporada al Código Penal por el artículo 9° de la ley 16.648³, sustituida recientemente por la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública—artículo 38 de la ley 25.188⁴—, produciéndose cinco modificaciones concretas:

1. En cuanto a la penalidad, se mantuvo la sanción de reclusión o

lidades económicas, y no puede justificar su origen. También se considera enriquecimiento injustificado, cuando no pueda justificar la extinción de obligaciones. Esta disposición se aplicará al servidor público en funciones a la entrada en vigencia de esta Ley". También estableció esta Ley, en su artículo 6°, ciertos aspectos que se deberán tomar en cuenta para determinar el referido enriquecimiento injustificado, como lo son la situación patrimonial del investigado, la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento, la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el ejercicio del cargo, las ventajas económicas derivadas de la celebración de contratos, etc.

Por su parte, el art. 44 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público dispone que "incurre en enriquecimiento ilícito el funcionario o empleado público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación y sin poder justificarlo, se encuentre en posesión de bienes que sobrepasen sus posibilidades económicas", castigándose como autor de delito contra la cosa pública al "funcionario público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación, sin poder justificarlo, se encuentre en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que notoriamente sobrepasen sus posibilidades económicas, será penado con prisión de tres a diez años" (art. 66).⁵ Fue sancionada el 30-10-64, promulgada el 13-11-64 y publicada el 18-11-64. En cuanto a los antecedentes, la idea original surgió de Rodolfo Corominas Segura (1936), contemplándose en el Proyecto José Peco (1937) y Sebastián Soler (1960), aunque existieron numerosos proyectos de ley que contenían previsiones similares. Respecto a los antecedentes de la disposición véase ampliamente MASL, Alfredo, *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos*, en homenaje al Dr. César A. Bustos, JUS, ps. 69 y ss. En nuestro país, un antecedente concreto de este delito puede hallarse en la legislación dictada con la Revolución Libertadora, donde se disponía la creación de la Comisión Nacional de Investigaciones y el posterior establecimiento de la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial, cuya finalidad esencial era declarar la transferencia de los bienes al patrimonio nacional en caso de enriquecimiento ilícito (véase CASTRO DASSEN, *Enriquecimientos ilícitos*, en L. L. 83-1063).

⁴ Además, la ley 25.188 incorpora el art. 268.3, donde se castiga al funcionario que, "en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo", delito que "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". Por otra parte se reprime a quien "maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables".

prisión de dos a seis años, pero se transformó la pena de inhabilitación absoluta temporal en perpetua y se agregó una multa del cincuenta al ciento por ciento del valor del enriquecimiento.

2. Se incorporó una previsión en el sentido de que el enriquecimiento no sólo puede producirse después de la asunción del cargo, sino también hasta dos años después de cesado.

3. Se aclaró que existe enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiese cancelado deudas o extinguido obligaciones.

4. Se resolvió que la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento debe recibir la misma pena que el autor.

5. Finalmente, se suprimió la parte del artículo que establecía que la prueba que el funcionario ofreciera sobre su enriquecimiento se podía conservar secreta sin poder ser invocada contra él para ningún otro efecto.

El problema más importante que presenta este delito es, sin duda, la discusión que existe en torno a su cuestionada validez constitucional. Desde mi punto de vista, el tipo en cuestión resulta inconstitucional por resultar contrario a ciertas garantías básicas del Derecho Penal. Pienso que el artículo 268.2 viola los principios constitucionales de "culpabilidad", "legalidad", "presunción de inocencia", avasallando además la garantía contra la "autoincriminación".

La polémica sobre la constitucionalidad del delito se encuentra—sin dudas—condicionada por la posición que se siga sobre dos cuestiones fundamentales: el bien jurídico y el debate sobre si estamos en presencia de un delito de acción o de omisión.

II. El bien jurídico

La inconstitucionalidad de la figura resulta evidente si se realiza un adecuado análisis del bien jurídico tutelado. Quienes defienden la validez del delito consideran que el bien jurídico protegido no es el patrimonio ni el normal funcionamiento de la administración pública, sino exclusivamente la imagen de la función pública. Es decir, con este tipo penal no se estaría intentando evitar los "enriquecimientos

“ilícitos” sino simplemente resguardar esa imagen de “transparencia”, “gratuidad” y “probidad” de la administración pública?⁵

Sin embargo, como bien expresa Donna, “que el bien jurídico sea la transparencia, gratuidad y probidad de la administración pública es

⁵ Este criterio fue seguido por la CNCCor, sala IV, 4-10-99, “G., R. A.”, L. L. 2000-D-781. Sostienen De Luca y López Casariego que “nada indica en la ley y el sistema en que está engarzada que el artículo reprima solamente a quienes se hayan enriquecido por delitos en general o por delitos contra la administración pública. Aquí no se protege el patrimonio de la administración pública ni de los particulares engañados o intimidados por los funcionarios; tampoco el normal funcionamiento de una administración, ni la regularidad de la actividad de los funcionarios o de la prestación de los servicios. Lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan. En consecuencia, aunque un funcionario se haya enriquecido ilícitamente, ej. ganó la lotería, recibió una herencia, el no justificarse la lesión al bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarían –fundada o infundadamente– que está originado en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la administración pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y sustento (económico a través de los tributos) en los ciudadanos. Aunque parezca un contrasentido, habría que explicarlo así: que una persona sea condenada por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, no significa que en realidad se haya enriquecido ilícitamente, sino tan sólo que no justificó el incremento patrimonial apreciable (desproporcionado a sus ingresos). Esto es lo ilícito. Ahí está la lesión al bien jurídico” (DE LUCA, Javier A. y LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, en L. L. 2000-A-251/2). Aunque realiza un análisis crítico del tipo penal, Inchausti señala que “el propósito protector apunta a preservar la ética del funcionario en cuanto base ésta del respeto a los organismos del Estado por parte de los administrados, la que debe considerarse agredida por la conducta de cuya represión se trata”, agregando que “se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad, la insospechabilidad de la administración pública” (INCHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 39). Por otra parte, Buompadre, siguiendo a Estrella y Godoy Lemos, sostiene que “el bien jurídico protegido en esta figura y con la reforma introducida [...] tiene como fin «tutelar la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos»” (BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la administración pública*, Mave, Corrientes, 2001, p. 349). También Borinsky expresa que lo que se trata de tutelar es la transparencia, gratuidad y probidad de la administración, con independencia de que el incremento patrimonial apreciable de un funcionario tenga origen lícito o ilícito (BORINSKY, Mariano Hernán, *Sobre la constitucionalidad del llamado “delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”*, en rev. *Y Considerando de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, Año 3, Nº 23-24, marzo-abril de 2001).

una afirmación que no está basada en ningún antecedente legislativo, ni en el título del propio Código, ni en la estructura de la norma⁶. Desde mi posición, es evidente que el bien jurídico protegido no es sólo la imagen de transparencia de la administración, sino que la norma intenta claramente evitar que los funcionarios utilicen ilegalmente sus cargos para enriquecerse indebidamente⁷. Es decir, lo que se reprime sin lugar a dudas es el "enriquecimiento ilícito" de los funcionarios⁸.

Varios argumentos sirven de apoyo a esta solución:

1. Los mismos argumentos de quienes dieron origen a la figura demuestran claramente que la intención fue crear un tipo penal "eficaz" que permita castigar, salvando las dificultades probatorias, los casos de "enriquecimiento ilícito"⁹. El objetivo de la introducción de la figura

⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 394, quien además señala críticamente que con esta posición "se avanza sobre un problema ético que es rechazado por el Estado de Derecho".
⁷ El mismo Núñez, autor del proyecto que concretó la incorporación del tipo al Código Penal, expresa que se resguarda "la administración pública frente a hechos, motivados por el espíritu de lucro, que corrompen la actuación funcional pública" (NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Lerner, Córdoba, t. VII, p. 140). También Creus señala que "lo que el delito trata de prevenir son aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales, prevaleciendo de la condición de funcionario público por parte del agente" (CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 312). En el mismo sentido, compartiendo esta idea, CHIAPPINI, Julio, *El delito de no justificación de enriquecimiento*, en L. L. 1986-C-852.

⁸ Incluso la jurisprudencia que ha sostenido la validez constitucional de este delito ha reconocido que, más allá de la "imagen" de la administración, se intenta reprimir las conductas de aquellos funcionarios que utilizan su cargo para enriquecerse de manera injustificada durante la función pública (así CNCas.Pen., sala I, 8-5-2000, "P., J. M." y CNCComp., sala IV, 4-10-99, "G., R. A.", L. L. 2000-D-781; sala I, 11-5-99, "N., M.", CD J. A.).

⁹ Esta argumentación de introducir una figura que reprima los "enriquecimientos ilícitos", más allá de las dificultades probatorias, puede verse claramente en Soler, quien incorporó el delito en el Proyecto de Código Penal de 1960, señalando textualmente entre otras cosas que: "La corrupción, la concusión, las negociaciones incompatibles con delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simuladores. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque beneficiarían a sujetos cuyo

fue mucho más pretencioso que resguardar la imagen de transparencia. Lo que se buscó era, sin lugar a dudas, combatir la corrupción, reprimiendo de un modo bastante "práctico" a quienes por haberse enriquecido ilícitamente se hallaban imposibilitados de justificar debidamente sus incrementos patrimoniales¹⁰.

2. La propia denominación del capítulo, incorporado por la ley 16.648, como "enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados" también demuestra claramente que el delito tiende precisamente a eso: a castigar los enriquecimientos ilícitos. Es evidente que si el bien jurídico fuese exclusivamente la "imagen" de la administración, ello seguramente habría sido mínimamente reflejado en la enunciación del capítulo. Podría pensarse que el mismo capítulo tiene dos figuras (previstas en el art. 268.3) donde claramente se resguarda la "transparencia en el ejercicio de la función pública", sin embargo, estos delitos—referidos a la declaración jurada patrimonial—fueron agregados por la ley 25.188, de modo que no se hallaban previstos cuando el tipo del 268.2 fue incorporado al Código junto con la denominación del capítulo.

3. Finalmente, resulta contundente el argumento de las penas. Basta con analizar la escala penal prevista en el artículo 268.2 para advertir que se quiere reprimir mucho más que la mera "imagen de transparencia" de la administración. Se ha escogido la pena de reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta al cien por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua. Comparando dicha sanción con la establecida para aquellos delitos que pueden considerarse como "el origen" del enriquecimiento ilegal, es evidente que el bien jurídico no puede ser sólo la imagen de transparencia. En efecto, la pena prevista por el tipo analizado resulta más

estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes" (SOLER, Sebastián, *Proyecto de Código Penal de 1960*, Buenos Aires, fundamentos transcritos en su *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1992, t. V, ps. 266 y ss.).

¹⁰ Caballero, por ejemplo, entiende que el bien jurídico "es el interés social de toda la comunidad que sus funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requerido, como una exigencia no sólo legal, sino social" (CABALLERO, José Severo, *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos*, en L. L. 1997-A-796).

grave que la contemplada para el cohecho pasivo¹¹, el tráfico de influencias¹², el cohecho activo¹³, el soborno transaccional¹⁴, la admisión y ofrecimiento de dádivas¹⁵, la malversación de caudales públicos¹⁶, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas¹⁷, las exacciones ilegales y la concusión¹⁸. Únicamente se ha previsto una pena más grave para el cohecho agravado por la calidad de magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público¹⁹, y para el peculado²⁰. Pero que lo reprimido es el enriquecimiento ilícito es evidente si se compara la escala penal prevista por el tipo del artículo 268.2 con la establecida para aquellos delitos del capítulo que si resguardan la imagen de transparencia de la administración. Me refiero a los tipos del artículo 268.3, donde se prevé una sanción considerablemente menor²¹.

¹¹ Conforme al art. 256, el cohecho pasivo tiene prevista una pena de reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

¹² El art. 256 bis reprime esta conducta con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública.

¹³ Según el art. 258, corresponde imponer la pena de prisión de uno a seis años,

mas una inhabilitación especial si se tratare de un funcionario público. No obstante, la sanción se agrava en casos de tráfico de influencias o cohecho activo a un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público.

¹⁴ El art. 258 bis castiga este delito con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública.

¹⁵ Se establece una pena de un mes a dos años de prisión e inhabilitación absoluta de uno a seis años (art. 259).

¹⁶ El art. 260 prevé una sanción de inhabilitación especial de un mes a tres años, y una multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída en caso de daño o entorpecimiento del servicio.

¹⁷ Para este delito se contempla la pena de reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua (art. 265).

¹⁸ El art. 266 contiene la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años. Incluso las formas agravadas de estos delitos tienen pena menor pues, mientras el art. 267 prevé un máximo de cuatro años de prisión y de seis de inhabilitación, el 268 contiene una pena similar, pero sin incluirse la sanción de multa como en el 268.2.

¹⁹ Conforme al art. 257, para este delito corresponde una pena de prisión de cuatro a doce años e inhabilitación absoluta y perpetua.

²⁰ El art. 261 ha previsto una pena de reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua.

²¹ La escala penal en este caso es de prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua.

En consecuencia, lo expuesto demuestra que el bien jurídico protegido no es, como algunos consideran, sólo la imagen de "transparencia" o "corrección" de la administración, sino el verdadero interés que existe en impedir la corrupción que significa que el funcionario utilice indebidamente el cargo para enriquecerse ilícitamente.

III. ¿Delito de acción o de omisión?

Una cuestión sumamente vinculada con la anterior es la referida a si estamos ante un delito de acción que consiste en enriquecerse ilícitamente o ante un tipo de omisión cuyo contenido se agota en la "no justificación".

Un sector de la doctrina y la jurisprudencia intenta defender la validez de la figura asimilándola a los llamados delitos de mera infracción del deber. Es decir—de acuerdo a este punto de vista—, el tipo no se configura mediante el "enriquecimiento ilícito" del funcionario, sino exclusivamente en la "no justificación del incremento patrimonial"²².

Conforme a esta posición, cuando un funcionario ingresa a la administración pública asume paralelamente un deber especial de "justificar"—cuando le sea requerido—el origen de su patrimonio, de modo que, con la sola infracción a dicho deber formal, el delito queda configurado, sin necesidad de verificar que efectivamente el origen de las riquezas haya sido ilegal.

Este criterio debe ser rechazado por varias razones:

1. No es cierto que la estructura del tipo permita afirmar que se

²² Véase CABALLERO, *El enriquecimiento ilícito...*, cit., ps. 794/5; CREUS, *Delito Penal...*, cit., p. 313. También De Luca y López Casariego, quienes sostienen que "el delito no consiste en enriquecerse ilícitamente, no sólo porque esa conducta activa no está descrita en el artículo (principio de legalidad e interpretación restrictiva) sino porque pese a su precedencia lógica, resta un paso ontológico (y no necesariamente temporal o especialmente separable): el no cumplimiento de justificar la procedencia ilícita" (DE LUCA Y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional* cit., p. 253). En el mismo sentido, BORINSKY, *Sobre la constitucionalidad del llamado "delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"* cit., Cap. V. También la jurisprudencia ha destacado el carácter de delito omisivo en algunos precedentes (CNCCorr., sala A., "P., J. M.", L. L. 1998-F-733, CD L. L.; sala I, 11-6-98, "V., J. A.", L. L. 1999-B-336, CD L. L.; id., 5-10-2000, "P., V.", CD J. A.; id., 11-5-2000, "S., A.", J. A. 2001-II-B, CD J. A.).

trate de un delito de omisión pura o de mera infracción al deber. Una simple lectura del artículo demuestra que lo injusto típico no se conforma sólo con la "no justificación", sino que, junto a ello, se exige la presencia de un "enriquecimiento patrimonial apreciable". En todo caso, estaríamos ante una figura compleja que exige una acción (enriquecerse de modo apreciable) y una omisión (no justificar)²³.

2. Lo expuesto precedentemente con relación al bien jurídico descripto claramente que estamos en presencia de un delito de mera infracción al deber. Si se acepta que con el delito se intenta evitar y reprimir los "enriquecimientos ilícitos", la idea de que el tipo consiste exclusivamente en la no justificación formal del incremento patrimonial resulta —al menos— incongruente. Es decir, como bien expresa Sancinetti, la explicación del enriquecimiento como delito de omisión obligaría a "construir una relación muy artificial entre ilícito y bien tutelado".²⁴

3. Si realmente el enriquecimiento ilícito fuera un delito de omisión y mera infracción al deber, el tipo debería excluirse cuando el funcio-

²³ Véase NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., p. 144, aunque luego, en su *Manual*, afirma que se trata de un delito de omisión (NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba, p. 441). No obstante defender la validez del tipo, Fontán Balestra sostiene que se trata de un delito de acción pues "la ley castiga el hecho de *enriquecerse* ilícitamente, aunque el no justificar ese enriquecimiento sea una condición de punibilidad" (FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed. act. por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. VII, p. 366).

²⁴ SANCINETTI, Marcelo A., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público — artículo 268, 2. Código Penal. Un tipo violatorio del Estado de Derecho*, 2ª ed. inalterada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 103, quien con razón expresa que "lo decisivo, por tanto, no es la estructura gramatical de la frase, es decir, si lo que esta expresado con un 'verbo' (de acción) es aquello que justamente se quiere *prohibir* o aquello de lo que *depende* la pena, sin integrar el contenido del ilícito. La respuesta sólo puede partir, por ende, del *interés jurídico* que se dice protegido" (ob. cit., p. 102). A juicio del autor, "¿no se daría una explicación más certera si se dijese lisa y llanamente: la norma prohíbe realizar actos que aumenten considerablemente el patrimonio por vías ilegítimas (delito de comisión), completándose con la proposición: la ley presume que tales actos fueron realizados si quien se enriqueció de modo considerable no demuestra lo contrario? Brevemente: ¿no es el acto de enriquecimiento ilícito, justamente el contenido del ilícito, y lo demás, una condición para la aplicación de la pena?" (ob. cit., p. 104).

nario demuestre el origen de sus bienes, aunque éste sea ilegal (ej., prueba que se enriqueció como consecuencia de un conjunto de cohe-

chos o peculados)²⁵.

La mayoría de la doctrina que defiende esta figura rechaza esta argumentación señalando que el funcionario no debe limitarse a "ex-

plicar" o "probar" el origen de sus bienes sino que debe "justificar", lo que supone acreditar la licitud del incremento patrimonial²⁶. Es decir,

la demostración de que el enriquecimiento tiene su origen en hechos ilícitos no podría excluir el tipo porque el funcionario no estaría *jus-*

tificando debidamente como exige la norma²⁷.

El argumento es absolutamente contradictorio y demuestra que lo

que se quiere reprimir no es sólo el incumplimiento de un deber formal

sino más bien los casos de enriquecimiento ilícito. Si lo que se exige

al funcionario no es únicamente demostrar el origen de sus bienes,

sino la "licitud", está claro que la violación o no del deber formal

aludido pasa a segundo plano, y lo realmente importante es la legalidad

o ilegalidad del enriquecimiento.

Por otra parte, la característica esencial de cualquier delito de omi-

sión es que el autor tenga la posibilidad de realizar la conducta debida,

es decir, debe encontrarse en condiciones de cumplir el mandato. En

los casos en que el funcionario justamente se hubiese enriquecido como

consecuencia de algún delito (cohecho, exacciones, peculado), quedaría

²⁵ Sostiene en este sentido Donna que "Si la conducta típica es la de no probar

la procedencia del enriquecimiento, no puede hablarse de una exigencia sobre el

origen ilícito del incremento, con lo que lo único que se requiere es la acreditación

de una causa extraña al desempeño de la función" (DONNA, *Derecho Penal*... cit.,

p. 403). En palabras de Sancinetti, "si el bien jurídico se limitara a que el funcionario

reaccionase de la mejor manera posible al ser requerido, el *cumplir* su deber siempre

que diera la información veraz, cualquiera fuese su contenido" (SANCINETTI, *El*

delito de enriquecimiento ilícito... cit., ps. 104, 32 y 48).

²⁶ Véase CABALLERO, *El enriquecimiento ilícito*... cit., p. 796.

²⁷ De Luca y López Casariego señalan desde este punto de vista que "no se trata

de la prueba causal, racional o psicológica de por qué concurrieron determinadas

cosas, sino además de que ellas fueron jurídicas, de acuerdo con el sistema legal. Un

pero justificar es más que eso: significa probar, demostrar que el incremento es ilícito"

en una situación fáctica tal que ya no sería posible "justificar" su incremento patrimonial en los términos del artículo 268.2²⁸. Resulta absurdo que al autor se lo castigue por una omisión, cuando no tenía posibilidad alguna de actuar. Lo correcto, sin dudas, no sería imputarle dicha omisión, sino hacerlo responder por los delitos que dieron lugar al enriquecimiento²⁹.

Esto demuestra que, evidentemente, lo relevante no es la infracción al deber formal de "justificar", lo que permitiría fundar un delito de pura omisión, sino que lo importante es la comisión de los ilícitos que dieron lugar al enriquecimiento ilegal³⁰. El mecanismo de la ley es elocuente: si el autor guarda silencio cuando se le piden explicaciones, se dirá que adoptó esa actitud porque el origen de sus bienes era ilícito; en cambio, si al declarar expresa que el incremento patrimonial

²⁸ Como expresa Sancinetti, "todo aquel que no pudiera desvirtuar la presunción —por haberse enriquecido, justamente, mediante los delitos presumidos—, no estaría en condiciones de cumplir el mandato. Por tanto, no omitiría, su falta de justificación no constituiría ninguna omisión" (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., p. 110).

²⁹ Sostiene con razón Martínez Vega que "hablar de una obligación de hacer que sólo puede ser punible en tanto y en cuanto el autor esté en condiciones de cumplirla, extremo que no siempre se dará, aun en casos de ampliación lícita del patrimonio (el llamado trabajo en negro como empleado, ingresos de carácter secreto que el mismo Estado se ha ocupado en su momento de proveer) o cuando, en el caso de personas interpuestas, se obliga al acusado a probar que los bienes de otro individuo son de otro individuo y no pertenecen a él, luchando contra la presunción en su contra (no sólo debe probar su movimiento económico sino el de otra persona con las dificultades que ello acarrea)" (MARTÍNEZ VEGA, María Laura, *El delito de enriquecimiento ilícito: su renacimiento*, en L. L. 2002-B-715).

³⁰ DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional* cit., p. 255, consideran por ejemplo que "cuando el funcionario se coloca ex profeso en incapacidad de probar ya es punible". Un argumento similar emplea BORINSKY, *Sobre la constitucionalidad del llamado "delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"* cit., Cap. V. A juicio de Sancinetti, la argumentación que se utiliza es propia del instituto de la *actio libera in causa*, pues "a un sujeto se le imputa no exactamente el hecho final —quizá ocurrido sin conducta, sin antijuridicidad, o sin culpabilidad—, sino el hecho previo, es decir, la *acción libre en la causa*: una conducta típica, antijurídica y culpable. Pero, ¿cuál sería la *acción libre en la causa* que diera sustento a penar según el art. 268.2, Cód. Pen., en tales casos? Sería justamente la *comisión*, esto es, el acto previo por el cual el funcionario se enriqueció" (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., ps. 110/111).

tiene un origen delictivo, se lo castigará igual dado que no ha justificado debidamente la licitud del enriquecimiento, sino todo lo contrario, ha ratificado su origen espurio. Como vimos antes, la "omisión" pasa a segundo plano, y lo que realmente interesa es siempre el "enriquecimiento ilícito". Dicho en otros términos, la estructura omisiva no es más que una especie de "máscara" para ocultar el verdadero propósito: reprimir el enriquecimiento ilícito³¹.

4. La tesis del delito de omisión se enfrenta además con el problema de cómo resolver aquellos casos donde, a pesar del silencio o de la falta de justificación por parte del autor, se demuestra finalmente que el incremento patrimonial era lícito. Supongamos que al ser requerido, el autor —por diferentes motivos— guarda silencio, pero luego un tercero acredita fehacientemente que el origen de los bienes era legal³². Si realmente el tipo del 268.2 fuera un delito de mera infracción al deber, el funcionario debería responder igual, aun cuando un tercero demostrara la legalidad del enriquecimiento, lo que resultaría una solución absurda dado que no habría directamente afectación al bien

³¹ Esto es evidente, incluso en el razonamiento de los propios defensores del tipo penal. Así, por ejemplo, De Luca y López Casariego, luego de sostener que se trata de un delito de omisión, señalan que "si el funcionario se enriqueció ilegítimamente, desde ese momento no podrá justificar y el debido requerimiento no será otra cosa que una sucesión de actos procesales (juicio) donde se respeten sus derechos y garantías. En cambio si el funcionario sospechado se enriqueció legítimamente, el debido requerimiento podrá ser un acto administrativo, el requerimiento fiscal de instrucción, la indagatoria, la defensa, etc. (según las distintas etapas de cada Código Procesal)" (DE LUCA Y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional* cit., p. 254).

³² Ejemplo típico sería el de la amante que, a pesar del silencio del funcionario, se presente en el juicio demostrando que los bienes han sido donados por ella y, por lo tanto, no tienen procedencia ilícita. Desde este punto de vista, señala Donna, "...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 [...] 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" (DONNA, *Derecho Penal...* cit., p. 388).

jurídico. Como señala Sancinetti, "para los intereses de la ley da exactamente igual que el requerimiento sea satisfecho por el autor, por otra persona, o incluso por la casualidad. Ello es así, en razón de que la parte omisiva de la disposición cumple solamente la finalidad —confesada por sus redactores— de simplificar la prueba del ilícito anterior, que queda sin individualizar"³³.

Esto demuestra, una vez más, que lo que interesa no es la violación al deber formal de "justificar" el incremento patrimonial, sino, más bien, que el núcleo de lo injusto típico debe buscarse en la ilicitud del enriquecimiento, lo que nos aleja de la omisión y nos conduce al campo de los delitos de acción.

5. La explicación del tipo de enriquecimiento ilícito como un delito de mera infracción al deber tropieza con otro inconveniente que es el castigo expreso de la persona interpuesta para "simular el enriquecimiento"³⁴. Si realmente lo único que interesara fuese la infracción al deber formal derivado del cargo, esta previsión carecería de sentido y de verdadero fundamento³⁵.

El castigo del "hombré de paja" se explica, como la propia ley lo aclara, en la colaboración que prestó para "disimular" el incremento

³³ SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito*... cit., ps. 46 y 107, quien agrega que, si "esa prueba puede rendir cualquier cosa; el hecho de no rendir el funcionario no constituye un ilícito autónomo, ni viola ninguna norma imperativa que busque la producción de un valor de acción, tal como: ¡defiéndete en un juicio penal!, o bien: ¡desvirtúa tú mismo las presunciones de culpabilidad que se ciernen sobre ti, etc."

³⁴ Con la reforma de la ley 25.188, esta persona se castiga incluso con la misma pena que el autor.

³⁵ Julio Castro lo explica en estos términos: "También hay que prevenir al funcionario público que posiblemente su esposa (persona interpuesta), también tiene un deber con la administración, aparece una especie de carácter transitorio, o comunicabilidad, donde la punibilidad se comunica por vía matrimonial, o parental o amistosa. El argumento del deber no puede aceptarse para quienes no son funcionarios, porque la afectación a la administración pública impone deberes a quienes se vinculan funcionalmente con ella, no a sus allegados. Esos deberes podrían tener alguna incidencia en el propio ámbito administrativo y su incumplimiento podría traer aparejada la separación del cargo del funcionario, pero en modo alguno deben tomarse como elementos integradores del tipo penal" (CASTRO, Julio, *El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, en www.enriacsoluciones.com.ar, Cap. 3, a).

patrimonial, es decir, en actos previos al requerimiento de justificación, de modo que la responsabilidad de este participe se explica con mayor coherencia entendiendo que lo que la ley reprime es el enriquecimiento ilegal y no la mera infracción a un deber formal³⁶.

6. Por último, la consideración del tipo como un delito de mera infracción al deber resulta incoherente con la escala penal escogida por el legislador. La circunstancia de que la sanción prevista en el artículo 268.2 sea igual o más grave que las contempladas para los delitos que dan origen al "enriquecimiento ilícito" (cohecho, exacción, concusión, negociaciones incompatibles, etc.) demuestra—sin lugar a dudas—que lo que se castiga es mucho más que una mera omisión, pues de lo contrario el enriquecimiento ilícito resultaría inconstitucional por contener una pena desproporcionada con respecto a las desobediencias que la ley ha tipificado³⁷.

Una simple comparación de la pena prevista para este delito y la maliciosa de presentar la declaración jurada patrimonial—introducido en el artículo 268.3 por la ley 25.188³⁸—pone en evidencia que lo que se reprime no es la sola violación al deber formal de "no justificar", sino, en verdad, la comisión de otros hechos que generen un incremento patrimonial ilegal.

Lo expuesto hasta el momento demuestra que el tipo penal previsto en el artículo 268.2 no se limita a exigir el cumplimiento de un deber

³⁶ Expresa Donna que "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 "Si quien debe justificar es exclusivamente el autor, no se avizora cómo puede participar en tal omisión la persona interpuesta" (DONNA, *Derecho Penal...*, cit., p. 404). En igual sentido, Sancinetti expresa que "el último párrafo de la disposición, ratifica que el delito consiste para todos en la conducta anterior, única que el testafiero puede ayudar a disimular" (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...*, cit., p. 118). ³⁷ DONNA, *Derecho Penal...*, cit., p. 390; SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito y* *Constitución Nacional* cit., p. 257. ³⁸ Para este delito de mera infracción al deber se contempla una escala de prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua.

formal por parte de los funcionarios públicos, sino que castiga los casos de "enriquecimiento ilícito", es decir, reprime a quien utiliza indebidamente el cargo para incrementar ilegalmente su patrimonio³⁹. Así entendido, es evidente que el delito resulta inconstitucional por varias razones.

1. *El principio de culpabilidad: delito de sospecha*

Uno de los pilares básicos del sistema penal es que la imposición de una pena exige, indefectiblemente, la acreditación de la culpabilidad del acusado. En virtud de lo establecido por la Constitución Nacional (art. 18) y por los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, nadie puede ser castigado si no es como consecuencia de una acción, típica, antijurídica y —además— culpable. Nuestro país no sigue un Derecho Penal de "autor" sino de "acto", de modo que la pena se impone por lo que el autor hizo y no por lo que "se sospecha" que puede hacer o haber hecho.

El sistema que el legislador introdujo con la figura analizada resulta claramente inconstitucional porque implica un mero "delito de sospecha" contrario al principio de culpabilidad. Sin lugar a dudas, la intención es castigar los casos de "enriquecimientos ilícitos o delictivos", pero como ello no puede probarse se establece un tipo penal presuntivo, para cuya configuración resulta suficiente la demostración de ciertos aspectos parciales de la imputación⁴⁰.

Es decir, el razonamiento sería el siguiente: queremos castigar a cualquier costo al funcionario sospechado de enriquecerse ilícitamente. Como no podemos probar ninguna conducta ilegal, la "mejor" solución es crear un tipo penal que castigue el solo enriquecimiento, y exigiendo

³⁹ No obstante, también parece criticable la opinión de algunos tribunales que han sostenido la validez constitucional del delito, a pesar de reconocer expresamente que se trata de un delito de "comisión" que consiste en "enriquecerse patrimonialmente en forma considerable e injustificada durante el ejercicio de un cargo o empleo público" (así, por ejemplo, CNCas.Pen., sala I, 8-5-2000, "P., J. M.", L. L. 2001-D-252, CD L. L.; también TOFed.Cr. N° 4, 31-5-2004, "A., M. J.", c. 648). En contra de la idea de que estamos ante un delito de omisión pura o mera infracción al deber, ampliamente STJ de Entre Ríos, 14-4-2003, "R., D. D.", voto en disidencia del Dr. Carubia.

⁴⁰ Véase DONNA, *Derecho Penal*, cit., p. 396.

—inconstitucionalmente— que debe ser el propio imputado el encargado de demostrar el origen legal de sus bienes⁴¹.

Esta idea ha sido confesada por los propios redactores de la disposición⁴², quienes, luego de dar como principal fundamento la "dificultad probatoria" de los hechos delictivos que generan enriquecimiento ilícito, intentan salvar la inconstitucionalidad del tipo centrando el contenido de lo injusto en la supuesta violación al deber formal⁴³.

⁴¹ Acierita Inchausti cuando señala que "si frente a un apreciable enriquecimiento de un funcionario y al silencio de éste ante el llamado a explicarse, se lo condena, la pena se ha aplicado sin ninguna consideración a la idea de culpabilidad", es decir, "la idea del posible delito arranca de un enriquecimiento que se supone pueda ser mal habido, y para convertirlo en delito consumado la ley no le agrega nada a la suposición, porque se vale del silencio del presunto autor o de su negativa a explicarse o traer probanzas del origen del incremento", de modo que "lo castigado no es la conducta, sino su producido, y la razón de así hacerlo es una mera suposición de ser el fruto de algún delito" (INCHAUSTI, *Enriquecimiento ilícito...* cit., ps. 86/7). El autor agrega más adelante, en tono crítico, que "si la ley supone que el enriquecimiento ocurrido tiene su origen en un delito, y el juez se enrola en esa suposición ¿por qué no investiga ese delito que supone, y que como juez está obligado a hacerlo...? En lugar de suposiciones sobre misteriosas ilicitudes, cumplo el juez instructor del caso la obligación que emana de su cargo, investigue el concreto delito que pudo originar el enriquecimiento, y —de paso inequívocamente— adviértase a declarar la manifestación de la figura anómala" (ob. cit., p. 88). En igual sentido, afirma Martínez Vega que "resulta evidente que, ante la imposibilidad de investigar y probar la ilicitud de los comportamientos que permitieron acreencias económicas, el camino más corto y menos complicado para el Estado es la imputación del delito de enriquecimiento ilícito. No sólo lo expuesto parece increíble sino que, en el hipotético caso de comprobarse el delito originario, puede ser que al mismo le correspondiera una pena menor que al tipo penal que nos ocupa" (MARTÍNEZ VEGA, *El delito de enriquecimiento ilícito: su renacimiento* cit., p. 716).

⁴² La crítica constitucional apuntada había sido advertida en la Cámara de Diputados, donde en un primer momento el proyecto había sido rechazado (véase un amplio análisis del debate parlamentario en SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., ps. 38 y ss.).

⁴³ El diálogo entre Ricardo Núñez y el diputado Saturnino Bilbao, analizado por SANCINETTI (*El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., ps. 36 y ss.), es contundente: "—Aquí hay una disposición que reprime la deshonestidad de los funcionarios. No traería como consecuencia la inversión del principio del Derecho Penal de que la responsabilidad jamás se presume?" (diputado).

"—Permítame decirle que no. Y ésta no es cuestión de Derecho Procesal. Se delinque haciendo y se delinque no haciendo" (Núñez).

"—Estamos hartos de que en el país no podamos probar los hechos concretos

Lo que con relación a otro tipo de delitos hubiera sido rechazado unánimemente, por resultar contrario a elementales garantías constitucionales, ha sido admitido por un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia, con el argumento de la importancia que tiene la lucha contra la corrupción⁴⁴. Pero debe quedar claro que el funcio-

que fundamentan hechos notorios de enriquecimiento. Entonces, es lícito que a un funcionario público se le ponga un deber, y si no lo cumple, se lo castigue. ¿Cómo voy a probar la coima del funcionario si él tenía el poder en sus manos cuando se enriqueció? Entonces, hay ciertos deberes, hay deberes de probidad".

También Soler brinda un argumento similar: "La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absolutos que podríamos llamar escandalosas porque beneficiar a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esta dificultad se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no prueba la corrección del incremento patrimonial. En línea de principios, esa fundamentación no es simpática en Derecho Penal; pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio [...] Pero hay otra consideración más simple aún, que permite resolver el problema de una forma nada excepcional o presuntiva. Ya en otros casos hemos señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes; son muchas las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva; en los delitos de comisión por omisión esa es también la regla. Pues bien, no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo 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 administrador. Pues bien, la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda, que se aparte de la función pública" (SOLER, *Proyecto de Código Penal argentino* cit., t. V, ps. 266 y ss.).

⁴⁴ En el ejemplo de Sancinetti, seguramente nadie admitiría la idea de la mujer que da a conocer una forma para combatir la delincuencia, especialmente el robo y la inseguridad, señalando: "Yo creo que habría que ir a cada casa de las villas miserias, y ver qué cosas tiene esa gente dentro de la casa. Y entonces, se le pregunta: —A ver, usted, ¿cómo tiene este pasacasetes? ¿De qué trabaja usted?, ¿cuánto gana?, ¿cómo compró todo lo que tiene acá? [...] (etc.) [...] y si no puede aclarar cómo lo tiene [...] ¡que vaya preso!" El autor se pregunta —con razón—: "¿cuál sería el delito, en suma,

nario no es castigado porque se haya demostrado en su contra la comisión de algún delito que implique enriquecimiento, sino exclusivamente por "presumirse" o "sospecharse" que se ha enriquecido ilegalmente.

Esta tendencia a crear delitos de sospecha con el objeto de hacer más efectiva la intervención del Derecho Penal no es nueva. Recuérdese el caso de Italia, donde —en el marco de la legislación destinada a combatir la mafia (ley 356 del 7-8-92) se había previsto una disposición que creaba un delito autónomo de "posesión injustificada de valores", penando con reclusión de dos a cinco años a determinados sujetos cuando no podían justificar la legítima proveniencia de la titularidad o disponibilidad "de dinero, bienes u otras utilidades de valor desproporcionado con respecto a la renta declarada para el pago de impuestos o a la propia actividad económica". Se consideraban como sujetos activos de ese delito a quienes de cualquier manera fueran sometidos a proceso penal por un delito de contrabando, de mafia o conectado, de extorsión, usura, tráfico de estupefacientes o en relación al cual estuvo en curso un proceso para la aplicación de una medida de prevención. La Corte Constitucional decidió (sentencia del 19-2-94, Nº 48) la ilegitimidad constitucional de dicha norma desde el punto de vista

presumido contra el pobre, si no pudiera acreditar su inocencia? Debería ser condenado por un robo, extorsión, falsificación, trata de blancas? Y un robo, una falsificación, etc., cometido cuando, con quién, por qué, de qué modo (etc.)? Y por causas expiatorias o más bien agravantes? La mujer podría jugar aún la última carta y sostener: "supongamos que convertirnos en delito, de manera determinada, concreta, no el robar, falsificar, extorsionar, etc. —hechos que no podemos probar— sino el no *deseñar una sospecha de culpabilidad*. Convertimos en objeto de imputación, pues algo negativo: *no te has demostrado ajeno a una imputación posible de culpabilidad por algún hecho*. Y este no *demostrarse inocente* podría ser ahora el *hecho* imputado como una omisión". Pero con este razonamiento —dice Sancinetti— la mujer "demostraría sagacidad, pero también terquedad y mala fe", pues "si el Derecho Penal está regido —entre otras garantías— por el principio de inocencia y el debido proceso, por un lado, la libertad de no declarar o no hacerlo en las imputaciones sobre uno mismo, por otro, y, por último, por la *legalidad de la prohibición de un hecho determinado*, del que se fuera *personalmente culpable*, entonces, tampoco se puede burlar esos principios convirtiendo en el *hecho* prohibido el no demostrarse inocente de un delito que tampoco se identifica" (SANCINETTI, Marcelo, *Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de "enriquecimiento ilícito de funcionario público"*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Nº 8, ps. 915 y ss.).

45 Véase VASSALLI, Giuliano, *Emergencia criminal y sistema penal*, en *El Derecho Penal hoy*, homenaje al Prof. David Baigún, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, ps. 449 y ss.

46 SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., p. 108.

47 SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., p. 56. En igual

sentido, denuncia "la amplitud de la idea de enriquecimiento", sosteniendo que su

alcance varía "según quién, dónde, y conectado a qué ámbito o entorno y/o cir-

cunstancias pueda o no pertenecer su titular", INCHAUSTI, *Enriquecimiento ilí-*

cito... cit., p. 85.

Dicho en otros términos, el tipo penal analizado no castiga en verdad conductas, sino que se conforma con la demostración de una situación

cometido cualquier hecho, pero se lo pena con la pena del enriqueci-

ningún límite de *tipicidad*⁴⁶, de modo que el funcionario podría haber

—mediante un verbo que no describe una acción: *enriquecerse*— y sin

divas, venta de humo, sólo que la ley alude a ellas de modo elíptico

compatible, peculado, abuso de autoridad, extorsión, aceptación de da-

están descriptas en los delitos de cohecho, exacción, negociación in-

lo expone Sancinetti, "ingresan al menos las mismas conductas que

sea el motivo, causa u origen de dicha ilegalidad. Como claramente

se reprime es, de modo general, el "enriquecimiento ilícito", cualquiera

El artículo 268.2 no cumple en absoluto este recaudo, pues lo que

tipos penales abiertos.

mente exhaustiva, excluyéndose por institucionales los llamados

respondiente. La regulación de la prohibición debe ser lo suficiente-

suficiente precisión la conducta punible y establezca la sanción co-

nadie puede ser castigado si no existe una ley previa que describa con

Otro de los principios fundamentales del Derecho Penal es que

2. El principio de legalidad

de la violación del principio de presunción de no culpabilidad, señalando que el sujeto activo de un delito no podía ser determinado sobre la base de status procesales que por su naturaleza son inestables (investigado, imputado, sometido a proceso por medida de prevención) y que sólo pueden ser definidos después de una sentencia penal definitiva⁴⁵.

o condición determinada—el enriquecimiento apreciable—, que al resaltar “sospechosa” genera un deber especial en el autor de desvirtuar dicha presunción⁴⁸.

Ni siquiera una eventual reforma de la ley que no acuda a la fórmula de la “no justificación”, sino que reprima sin más el “enriquecerse ilícitamente”, permitiría saltar el obstáculo de la inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad. El concepto de “enriquecimiento ilícito” es demasiado amplio para cumplir con el mandato de máxima taxatividad que exige nuestra Constitución Nacional⁴⁹.

3. *El principio de inocencia*

Es inquestionable que el delito viola el principio constitucional de inocencia, invirtiendo—de manera prohibida—la carga de la prueba en materia penal. Si se respetara la Constitución, debería ser el acusador el encargado de demostrar todos los extremos de la imputación, es decir, la ilicitud del enriquecimiento⁵⁰. Pero, en el sistema del 268.2 los roles se invierten y es el funcionario acusado el que debe justificar la legalidad de su incremento patrimonial⁵¹. No hay que olvidar que

⁴⁸ Como señala Sancinetti, “la doctrina aplicó el nombre que el capitulo lleva en común: *enriquecimiento ilícito*”, pues era “lo único que podía hacer, en razón de que no se sabe qué es lo que el funcionario supuestamente ha hecho mal” (SANCINETTI, *Sobre la inconstitucionalidad...*, cit., p. 926), agregando que no estamos ante un delito autónomo sino frente a “una regla procesal puesta en el Derecho material para perseguir hechos punibles supuestos, no identificados procesalmente, una figura para burlar, en fin, garantías constitucionales, para penar a un sujeto como si hubiera cometido algún delito de funcionario que queda sin identificar” (ob. cit., p. 947).

⁴⁹ En este punto disiento con Julio Castro, quien plantea la alternativa de reformular el tipo de modo que la conducta punible no sea la “no justificación”, sino el “enriquecimiento ilícito” (CASTRO, *El enriquecimiento ilícito...*, cit., Cap. 3, b).

⁵⁰ Sostiene Chiappini que el tipo resulta inconstitucional “en cuanto pone en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento o, al menos, que el mismo es ajeno a la función desempeñada; partiendo entonces la incriminación de una presunción de culpabilidad” (CHIAPPINI, *El delito de no justificación...*, cit., p. 853). Bien afirma Sancinetti que “la garantía que incumbe al Estado demostrar los hechos en los que se funda una acusación no está limitada a los casos en que es ‘sencillo’ cumplir con la garantía: justamente es una garantía porque rige aun para los casos en que el hecho punible es de ‘difícil’ demostración” (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...*, cit., p. 28).

⁵¹ Reconoce que existe una inversión de la prueba Fontán Balestra, quien—no

no estamos en presencia de una disposición que rige sólo en la esfera de responsabilidad administrativa o disciplinaria, sino ante un tipo penal, por lo que el respeto al estado constitucional de inocencia debería ser irrestricto⁵².

Para salvar este obstáculo se ha ideado precisamente la teoría del delito de omisión⁵³. Es decir, no se violaría—se sostiene—la presunción

obstante— intenta salvar el obstáculo señalando que “no es el único caso en que la ley procede de tal modo sin haber provocado reacción. De los ejemplos que se dan el más convincente es el de la quiebra fraudulenta por disminución no justificada del activo (art. 176, inc. 2º, Cód. Pen.)”, agregando que, “en estricta técnica legislativa, la solución no es ideal, pero tomando en consideración los particulares matices del caso y los problemas que de ellos se siguen, hemos de concluir que es la única, al menos a la vista” (FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 364).

También Núñez se encarga de aclarar que “la ley no exige que la acusación pruebe que el enriquecimiento tuvo su origen en un determinado acto de abuso del cargo o del empleo y, menos, que lo tuvo en otro acto ilícito, delictuoso o no” (NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., p. 145). Caballero expresa que procesalmente “importa la inversión de la prueba a cargo del funcionario público por la naturaleza prevaletiente de sus deberes y de su responsabilidad en la administración y disposición de los bienes que le han sido conferidos para un fin público específico” (CABALLERO, José Severo, *La Convención Interamericana contra la Corrupción y la legislación penal argentina*, en L. L. 1997-E-1153). Rodríguez y Galletta de Rodríguez dicen textualmente: “el canon adopta, a sus fines, el principio de inversión de la carga de la prueba. Sólo basta el debido requerimiento para obligar al funcionario o empleado público a justificar acreditadamente la correcta procedencia del apreciable enriquecimiento en su patrimonio” (RODRÍGUEZ, Agustín Washington y GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz, *Delitos contra la administración pública*, Juris, Rosario, p. 97).

⁵² Aunque no genera directamente responsabilidad penal, pues la decisión se limita a determinar si el hecho constituye un acto de corrupción, disponiendo la suspensión o remisión del funcionario, sin perjuicio de la remisión—cuando corresponda—de los testamentos de la justicia penal, el art. 5º del Anteproyecto de Ley de Creación del Tribunal Social de Responsabilidad Política de la Provincia de Buenos Aires establece que “es a cargo del funcionario público justificar adecuadamente la causa y el modo con que ha incrementado su patrimonio, con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones” (véase MORELLO, Augusto M., *La lucha contra la corrupción. Aspectos procesales*, en *La cláusula ética de la Constitución Nacional [art. 36, “in fine”]: aspectos de Derecho Penal y Procesal*, comunicación efectuada el 23-4-98 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales).

⁵³ En el Proyecto de 1941 se asumía expresamente que se trataba de un tipo penal que contenía una presunción de ilicitud invirtiendo la carga de la prueba, aunque se había argumentado que sólo se trataba de una presunción *iuris tantum*. En cambio,

de inocencia porque no se castiga por "presumir" que el funcionario se haya enriquecido ilegalmente, sino exclusivamente por violar el deber formal de "justificar" su incremento patrimonial⁵⁴. Esta idea debe ser rechazada pues, como señala Sancinetti, "si un esquema como ése fuese legítimo, el Estado podría resolver todas las dificultades probatorias estableciendo, junto a cada delito determinado (de comisión o de omisión), una figura *omitiva*, sujeta a la misma pena, consistente en no demostrar la inocencia de aquel mismo delito, presumido por alguna circunstancia que generase una sospecha"⁵⁵.

Quiénes defienden la validez de este tipo podrían decir que no se invierte la carga de la prueba ni se viola el principio de inocencia porque no se condena sólo por la "no justificación" del imputado, sino que, en cualquier caso, la acusación debe demostrar ciertos extremos básicos como la existencia de un "enriquecimiento apreciable" que no guarde relación con los ingresos ordinarios del funcionario⁵⁶.

Sin embargo, esta explicación no resulta convincente pues, conforme al estado constitucional de inocencia, una condena únicamente puede basarse en la demostración de todos, y no sólo algunos, los extremos

Soler, al explicar el Proyecto de 1960, intentó disimular esta característica irrefutable de la figura a través de la teoría del "delito de omisión".

⁵⁴ Véanse, entre otros, SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., ps. 267 y ss.; CABALLERO, *El enriquecimiento ilícito...* cit., p. 796; CREUS, *Derecho Penal...* cit., p. 314.

⁵⁵ SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., ps. 94/95, quien pone el siguiente ejemplo: "Art. 80 (1). Será reprimido con la pena del homicidio agravado por codicia, el que no justifique el lugar donde se hallaba en el momento de la muerte de un pariente a quien aquel hubiere heredado por un valor económico apreciable".

⁵⁶ En palabras de Caballero, "en cualquier delito a los fines de la investigación se parte de una presunción circunstanciada de culpabilidad frente a la objetividad manifiesta del hecho del aumento patrimonial del funcionario" (CABALLERO, *El enriquecimiento ilícito...* cit., p. 799). El argumento de que no se invierte la carga de la prueba porque se debe demostrar la existencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable ha sido mencionado por la jurisprudencia en diversos precedentes (CNCas.Pen., sala I, 8-5-2000, "P. J. M.", L. L. 2001-D-252, CD L. L.; CCrim. 7ª Nom. de Córdoba, 20-10-88, "A. C. M.", L. L. 2000-A-251; CNCrim., sala I, 31-7-2000, "L. S. C.", con voto en disidencia del Dr. Donna). En cambio, se ha considerado inconstitucional el delito por invertir la carga de la prueba en Capel. de Concepción del Uruguay, Sala Penal, 10-7-2001, "T. S. Y.", CD L. L.

de la imputación. En un sistema coherente con la Constitución, el órgano acusador debería probar no sólo el "enriquecimiento apreciable", sino también su ilegalidad, lo que —evidentemente— supone demostrar la comisión de los hechos ilícitos correspondientes⁵⁷.

Distinta es la cuestión de si, en un caso concreto, el incremento patrimonial injustificado del funcionario puede ser un indicio de que ha cometido un delito, pero, como sostiene Chiappini, "una cosa es que la presunción valga en orden a la prueba (Derecho Procesal), y otra muy distinta es que opere en el tipo tan decisivamente"⁵⁸, como única exigencia para la imputación.

Por último, resulta sumamente criticable la idea de sostener que el funcionario tiene la carga de probar la licitud del enriquecimiento como aquel imputado que "alega en su favor una causa de justificación"⁵⁹. Frente a esto, cabe decir que el solo "enriquecimiento" no puede ser —en absoluto— asimilado a una acción típica, pues el solo incremento patrimonial no constituye ninguna acción prohibida⁶⁰.

⁵⁷ Ante una regulación legal similar, la Corte de Costa Rica ha señalado que se impone "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 pueda devenegar, 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 prescriptos por el art. 39 constitucional, concurriendo 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 declaración de inconstitucionalidad de la acción" (CSJ de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad Nº 842-P-90, 29-3-95, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Nº 8, ps. 969 y ss.).

⁵⁸ CHIAPPINI, *El delito de no justificación*, cit., p. 853.

⁵⁹ Según Ricardo Levene, "la presunción, frente al hecho concreto y positivo del enriquecimiento, no es, por tanto, inflexible, sino *juris tantum*, pues el funcionario podrá probar que ese enriquecimiento es lícito, conforme a una inversión de la prueba, recurso imprescindible para esta clase de hechos, dada su naturaleza y características" (LEVENE [h], Ricardo, *El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*, en L. L. 112-1095).

⁶⁰ Como sostiene Donna, "...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" (DONNA, *Derecho Penal*...

4. La garantía contra la autoincriminación

También resulta evidente que el tipo penal que examinamos viola de manera flagrante la garantía constitucional contra la "autoincriminación" o principio *nemo tenetur*. Uno de los principios básicos de nuestro sistema penal es que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (art. 18, Const. Nac.), de modo que todo imputado tiene el derecho a negarse a declarar, guardando silencio en el acto respectivo. En el régimen del artículo 268.2 esta garantía ha sido dejada de lado pues el solo silencio del imputado resultará suficiente para la configuración del tipo y la imposición de la pena. Su silencio—como afirma Donna⁶¹—, contrariamente a lo estipulado para el principio constitucional mencionado, si será tomado en contra.

La inconstitucionalidad es clara, aun cuando se exija—como es correcto—que el requerimiento de justificación sea efectuado por la autoridad administrativa previamente, y no por el juez. La garantía de que nadie puede ser obligado a declarar contra uno mismo no rige

cit., p. 392). En palabras de Sancinetti, "enriquecerse no es un comportamiento, es

el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, un 'hecho jurídico' en el sentido del Código Civil, pero no un 'hecho' en el sentido del Derecho Penal de acto (acción u omisión punible) porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta" (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., p. 27). El autor sostiene con razón que "el tener mucho, sin embargo, no infringe norma alguna en las sociedades capitalistas", de modo que "del incremento en sí no puede surgir la comisión de un delito" (ob. cit., p. 31), ni servir de "fundamento a un juicio de ilícito" (ob. cit., p. 77). En igual sentido, afirma Inchausti que "la riqueza particular del funcionario, de por sí, no perturba el buen funcionamiento de la labor de aquel; por el contrario, puede facilitarla", pues "la holgura dineraria permite al funcionario no distraerse de sus funciones para cubrir obligaciones familiares, dispone de medios propios de capacitación para la función; circunstancias que inciden para un mejor rendimiento del cargo" (INCHAUSTI, *Enriquecimiento ilícito...* cit., p. 42).

⁶¹ DONNA, *Derecho Penal...* cit., p. 389. Coincide Castro al afirmar que "el conocido principio *nemo tenetur se ipsum accusare* de neta consagración constitucional se ve claramente afectado con la imposición de justificar que tanto respaldado como traído a los defensores de la constitucionalidad de la figura y su redacción como forma omisiva. Es que el funcionario que hace uso de su garantía constitucional de negarse a declarar se vería en la peor situación, porque hacer uso de ese derecho, para algunos es justamente la concreción del tipo penal, la conducta prohibida" (CAS-

TRIO, *El enriquecimiento ilícito...* cit., Cap. 3, a).

sólo una vez iniciada la causa penal y en el marco del proceso judicial, sino que debe respetarse siempre que alguien pueda verse involucrado en un delito como consecuencia de sus declaraciones, cualquiera sea la autoridad requeriente⁶².

Esto resulta aun más evidente en los casos en que realmente el enriquecimiento ha sido ilícito. En tal caso, se coloca al funcionario en una situación tal que, haga lo que haga, se estará "autoincriminando". Si confiesa el origen de sus riquezas, seguramente quedará involucrado en otros delitos, con todas las dudas que genera esa confesión "coactiva"⁶³, mientras que su silencio bastará para el castigo por enriquecimiento⁶⁴.

⁶² En palabras de Inchausti, "a nadie, ni en la justicia—sea de instrucción o de plenario—, ni en ámbito administrativo alguno, se lo puede obligar a declarar, y su silencio no puede ser interpretado en contra del encartado" (INCHAUSTI, *Enriquecimiento ilícito...* cit., p. 79).

⁶³ Los cuestionamientos que pueden generar la utilización en contra del imputado de las pruebas que aporte como consecuencia del requerimiento de justificación resultan evidentes, más allá de la eliminación del apartado que establecía que a pedido del imputado esa prueba podía considerarse "secreta".

⁶⁴ Sancinetti señala: "¿qué sucede si el funcionario demuestra que el incremento imputado esa prueba podía considerarse 'secreta'".

Para Caballero, el "secreto de la prueba" que aporte el funcionario y la idea de que *ilícito de los funcionarios públicos. Un fallo revitalizador*, en L. L. 2000-D-781 y ss.). Héctor y VIDAL ALBARACÍN, Guillermo (h), *Crisis del delito de enriquecimiento ilícito* Nacional cit., p. 256, posición a la que adhieren VIDAL ALBARACÍN, proceso judicial (DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Cons-* no bastará por sí misma para condenar, sino que el funcionario deberá afrontar el otro por el 268", y respecto del otro delito "se tratará de una confesión extrajudicial" que por la comisión de otro delito, "como ello no es justificar, será acreedor de la pena De Luca y López Casariego consideran que si el funcionario explica que se enriqueció CINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., p. 71). Desde otro punto de vista, gravemente que lo que impone el delito que realmente comitió (el cohecho)" (SAN- 'justificar' el incremento patrimonial—, no se podrá negar que al autor se lo trata más mas severamente penado); b2) Si se dice lo segundo—porque un cohecho no puede por una confesión coactiva (si el funcionario no confesaba, se lo penalaba por un delito el hecho ya está 'demostrado'—no se podría negar que el delito quedó comprobado lo penaría por cohecho o por *enriquecimiento ilícito*? b1) Si se dice lo primero—porque si se llegara a otra interpretación, dejando de lado el párrafo agregado por Fassi, ¿se la regla de exclusión probatoria (el imputado habría declarado contra sí mismo). b) Y ni tampoco se lo podría juzgar por cohecho, porque, respecto de este delito, si registra delito; por consiguiente, ya no es aplicable el tipo presuntivo de 'enriquecimiento ilícito', se registró por un cohecho? a) Liberalmente, se debería interpretar: se trata ya de otro

Los defensores de esta figura intentan dar una explicación poco convincente señalando que el tribunal para condenar no tiene en cuenta sólo la eventual "negativa a declarar" del imputado, sino el conjunto de elementos que demuestran la no justificación del incremento patrimonial⁶⁵. Esto no es cierto pues, conforme a la estructura y al sistema del tipo, lo único que debe realmente probarse es el incremento patrimonial apreciable, siendo luego el funcionario el encargado de eventualmente demostrar la licitud de dicho enriquecimiento.

5. La violación del principio "ne bis in idem"

Otra de las garantías básicas de nuestro sistema penal y procesal es la relativa al llamado principio *ne bis in idem* o *non bis in idem* que supone la prohibición de condenar o perseguir a una persona más de una vez por un mismo hecho. Es decir, se veda la posibilidad de que el Estado intente imponer una nueva pena por un delito ya juzgado o de repetir un juicio por un mismo hecho. Dicho en otros términos, el Estado no puede hacer más de un intento (dos o más) para condenar a un individuo por un supuesto delito⁶⁶.

no puede ser utilizada en su contra sólo es válido "si la prueba aportada por él es de procedencia lícita", pues "carecería de razonabilidad que el agente justificara su enriquecimiento afirmando que el aumento de su patrimonio se debió a un conjunto de hechos delictivos realizados en ocasión de sus funciones y que siendo así pretenda que no sólo se conserve en secreto la prueba rendida, sino que también no se alegue contra él porque afectaría el principio que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (CABALLERO, *El enriquecimiento ilícito*... cit., p. 797).

⁶⁵ Véase el criterio seguido por la CNCCor, sala IV, 4-10-99, "G., R. A.", L. L. 2000-D-781, donde se dijo que "no se encuentra vulnerada la garantía contra la autoincrimación, toda vez que el juez al recibir declaración indagatoria al imputado, ya contaba en la causa con distintas probanzas, demostrativas de un apreciable incremento del patrimonio que no encontraba justificación con los ingresos que debía tener el nombrado. Por ello, siendo la indagatoria un acto de defensa, lo que aquí se valoraba negativamente no es la negativa a justificar, sino todos los datos objetivos demostrativos de un incremento patrimonial sin razón alguna". Comparten la posición VIDAL ALBARRACÍN y VIDAL ALBARRACÍN, *Crisis del delito de enriquecimiento ilícito*... cit., ps. 781 y ss.; DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional* cit., p. 256 y BORINSKY, *Sobre la constitucionalidad del llamado "delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"* cit., Cap. V. Véase QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel A. y CENICA-

El principio que estamos analizando no se refiere únicamente a la imposibilidad de reiniciar una persecución penal una vez "finalizada" la causa (dictada la sentencia condenatoria o absolutoria), sino que se trata de impedir que se renueve el "riesgo" de sufrir una nueva persecución⁶⁷. Todo imputado puede invocar este principio al recibir una nueva imputación cuando "fue" o "está" siendo juzgado por el mismo hecho.

A pesar de que esta regla no aparece formulada en forma explícita en nuestra Constitución, se deriva del principio de inviolabilidad de la defensa contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional. De todas formas su rango constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes (*Fallos*: 308:84, 292:202, entre otros). Por otra parte, la cuestión ha sido definitivamente zanjada mediante la normativa supranacional incorporada al texto constitucional como consecuencia del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que expresamente recepta esta garantía (arts. 8.4, CADH; 14.7, PIDCP).

En el caso del delito analizado, la violación al principio *ne bis in idem* puede resultar evidente. Por un lado, por vía del artículo 268.2 del funcionamiento público es sometido a proceso y, eventualmente, es castigado, por entender que la falta de justificación de su incremento patrimonial apreciable permite deducir que se ha enriquecido ilícitamente, es decir, que ha cometido algún otro delito que mejoró injustamente su situación patrimonial. Sin embargo, el proceso y la eventual condena por el delito de enriquecimiento ilícito no eximen que, además, ese mismo funcionario deba afrontar "otros" procesos por "otros" delitos o hechos que son los que, en definitiva, pueden haber generado el incremento patrimonial.

Dicho en otros términos, el sistema del Código es perverso puesto que no sólo se castiga al funcionario por un tipo penal inconstitucional, sino que además dicho castigo no impide que se lo vuelva a juzgar por los delitos que dieron origen a ese incremento patrimonial injustificado.

CELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. I, p. 496.
⁶⁷ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 599.

6. El problema del requerimiento de justificación

Los inconvenientes que genera este tipo penal híbrido no terminan ahí. Más allá de los cuestionamientos constitucionales analizados, el problema se agrava aún más si se tiene en cuenta que para un sector de la jurisprudencia y la doctrina el requerimiento de justificación, previsto en el artículo 268.2, no es un elemento del tipo sino una condición objetiva de punibilidad o procedibilidad y puede ser realizado por los jueces⁶⁸, inclusive por la misma autoridad judicial que interviene en la causa, otorgándole tal carácter—por ejemplo—al acto de la declaración indagatoria⁶⁹.

Dicha solución resulta sumamente criticable porque implica aceptar que el delito se termine configurando en la misma causa penal iniciada contra el funcionario. Es decir, de seguirse este criterio, sería el mismo tribunal quien cumple el paso fundamental para la consumación del delito. Sin perjuicio de todos los argumentos expuestos con relación a la inconstitucionalidad del delito, sobre este punto concreto, lo más adecuado es entender que el requerimiento de justificación debe ser realizado por la autoridad administrativa competente, antes de la iniciación de la causa, de modo que una vez comenzado el proceso ya exista un delito plenamente realizado⁷⁰.

Por otra parte, la posición acertada es considerar que el requeri-

⁶⁸ Entre otros, reconocen que los jueces pueden formular el requerimiento de justificación, NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., p. 145; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 367; CHIAPPINI, *El delito de no justificación*, cit., p. 855 (este último pese a sostener la inconstitucionalidad del delito). Señalando que se trata de una condición objetiva de punibilidad, la reciente sentencia del TO-Fed.Cr. Nº 4, 31-5-2004, "A., M. J.", c. 648. En cambio, entiende que se trata de una condición de "procedibilidad", BORJINSKY, *Sobre la constitucionalidad del llamado "delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"* cit., Cap. V.

⁶⁹ Reconociendo que el requerimiento puede hacerse en la misma indagatoria, CNCas.Pen., 8-5-2000, "P., J. M.", c. 2697; CNCCorr., sala IV, 4-10-99, "G., R. A.", L. L. 2000-D-781; DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional* cit., p. 254. En cambio, se ha sostenido que el requerimiento no puede ser suplido por el acto de indagatoria judicial en CCrim. 7º Nom. de Córdoba, 20-10-98, "A., C. M.", L. L. 2000-A-251.

⁷⁰ Véanse, entre otros, DONNA, *Derecho Penal*, cit., p. 401 y CREUS, *Derecho Penal*, cit., p. 314.

miento de justificación constituye un verdadero elemento del tipo penal y, como tal, debe ser abarcado por el conocimiento del dolo del autor⁷¹. Estamos ante una exigencia típica, de modo que todo intento para extraer este elemento del ámbito de lo injusto, sustrayéndolo del dolo, implica una violación a los principios de legalidad y culpabilidad, dando origen –indirectamente– a un supuesto de responsabilidad objetiva en Derecho Penal.

No hay que olvidar que, como explica Cerezo Mir, las condiciones objetivas de punibilidad no guardan relación con lo injusto específico de la conducta delictiva (no pertenecen al tipo de lo injusto), ni con la reprochabilidad personal de la acción u omisión típica y antijurídica; son “objetivas” porque no es preciso que sean abarcadas por el dolo y obedecen únicamente a consideraciones de política criminal⁷².

7. ¿Renuncia implícita a las garantías constitucionales?

Es común que la violación de las garantías antes mencionadas se intente salvar invocando una supuesta “renuncia” por parte del funcionario a dichos principios. Desde este punto de vista, se sostiene que cuando el funcionario ingresa a la administración pública, asume específicamente el deber de justificar sus ingresos, y de responder cuando se le requieran explicaciones, de modo que acepta también implícitamente que se lo castigue en caso de incumplimiento⁷³.

⁷¹ No parece convincente la opinión de quienes, pese a insistir en el carácter omisivo del delito, afirmando que no se configura por la ilicitud del enriquecimiento sino exclusivamente por la violación al deber formal de justificar, entienden que el requerimiento de justificación no es elemento del tipo.

⁷² CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito* 2, Tecnos, Madrid, 2001, t. III, p. 275.

⁷³ Desde este punto de vista, Rafael Bielsa señalaba que “el funcionario público no está colocado en la situación de un particular, sino ligado al Estado por el vínculo jurídico de la función pública. Ese vínculo es de naturaleza contractual (aunque no se firme contrato). El Estado determina las condiciones de admisión, establece las incompatibilidades, fija la retribución, instituye el derecho disciplinario. El candidato que acepta el cargo o empleo, implícitamente acepta, como funcionario, el régimen unilateralmente establecido por el Estado” (BIELSA, Rafael, *El enriquecimiento ilícito de funcionarios. A propósito de un proyecto de ley represiva*, en *Anuario. Instituto de Derecho Público*, Nº 1, p. 484, artículo publicado en *La Capital* del 27-2-38). También Ricardo Levene había expresado que “es indudable que el Estado, que puede

La explicación no resulta convincente pues no sólo no existe, sino que tampoco sería admisible una renuncia "anticipada" a las garantías constitucionales básicas antes enunciadas. El criterio es muy peligroso y puede transformarse en una vía para dejar a un lado elementales principios que han sido pensados para limitar el poder punitivo del Estado. El funcionario se transformaría en una especie de "perseguido" por el sistema que puede ser juzgado sin ninguna garantía⁷⁴.

precisar las condiciones de admisibilidad del funcionario y sus derechos y obligaciones, puede también pedirle cuentas, en función de vigilancia sobre su gestión patrimonial mientras ejerce el cargo, contralor que afianza la moralidad administrativa, responde a un interés público y se efectúa en beneficio de los administrados" (LEVENE [h], *El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos* cit., p. 1095). Uti-mamente, De Luca y López Casariego lo explican de este modo: "También es relativo sostener que no se pueden renunciar garantías constitucionales, porque eso ocurre contractualmente y todos los días (vgr. detectores, filmaciones, obligaciones laborales). Los funcionarios públicos tienen obligaciones, como realizar una declaración jurada, y esto también significa renunciar a otra garantía que es la de la privacidad. El principio de que las garantías constitucionales no pueden ser renunciadas individualmente o por convención no puede ser generalizado y hay que analizar en cada caso de qué garantía constitucional se trata y cómo opera en la situación dada. Entonces no habría ningún problema en establecer una obligación contractual (de Derecho Público) como esta: Señor, ¿usted quiere ser funcionario público? Pues previo a ello debe firmar acá que se obliga a declarar la procedencia de sus bienes cada vez que le sea requerida". (DE LUCA Y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional* cit., ps. 256/7). Aun cuando considera que el tipo penal es constitucional, manifiesta su desacuerdo con la idea de una "renuncia" a garantías constitucionales BORDNSKY, *Sobre la constitucionalidad del llamado "delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"* cit., Cap. V. El criterio de la renuncia implícita a ciertas garantías constitucionales es mencionado incluso en CNCas.Pen., sala I, 8-5-2000, "P., J. M.", L. T. 2001-D-252.

⁷⁴ Como expresa Sancinetti, "si, por ejemplo, una regla contractual del Derecho Administrativo impusiera que en caso de duda acerca de si un funcionario público ha cometido un delito, se tendrá el hecho por probado, y al autor por culpable, esto afectaría la garantía de inocencia, porque el *in dubio pro reo* ha sido reconocido como un principio constitucional (arts. 18, 33, Const. Nac.). Para formularlo en términos aun más extremos, el Derecho Administrativo no podría prever que la relación con el funcionario habilitará el uso de tortura para indagar sobre eventuales hechos punibles, contra la prohibición constitucional de 'toda especie de tormento' (art. 18, Const. Nac.), no valdría invocar el principio del 'sometimiento voluntario' al régimen jurídico del contrato administrativo" (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...* cit., p. 25). En igual sentido afirma Julio Castro que "las razones de política

El deber de justificar el origen de los bienes y de presentar declaraciones juradas patrimoniales existe para el funcionario público. Esto no puede discutirse y es correcto que así sea. Sin embargo, el error es sostener que, a partir de la violación de ese deber, se pueda imputar al funcionario la comisión de hechos ilícitos que nunca fueron demostrados. El funcionario asume el deber de justificar el origen de sus bienes, pero no que a partir del incumplimiento de dicho deber se pueda "presumir" la comisión de otros delitos imponiéndole una pena constitucional.

8. El artículo 36 de la Constitución Nacional y la Convención Interamericana contra la Corrupción

Para defender la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito suelen darse dos argumentos adicionales:

1. Por un lado, se dice que este tipo penal guarda coherencia con el artículo 36 de la Constitución Nacional que en su parte pertinente establece que "Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos"⁷⁵.

criminal entraron y sacaron por la ventana a las garantías constitucionales, como si los funcionarios no fueran sujetos amparados por los arts. 18 y 19 de la Const. Nac. Todos los autores fueron buscando salidas pragmáticas para fundar la constitucionalidad, sea por vía de la falta de justificación, la idea del tipo complejo, el incumplimiento del deber y hasta recurrieron a la moral en confusa vinculación con el Derecho, transformando al Estado de Derecho en aplicación parcial, y sólo para los ciudadanos que no ocupen cargos públicos, sin tratar de modificar la fórmula legal o darle otra redacción acorde a las garantías individuales" (CASTRO, *El enriquecimiento ilícito*... cit., Cap. 3, a). Considerando aberrante sostener que se puede obligar al funcionario a renunciar contractualmente a las garantías, MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados*, en D. J. B. A. 1998-2-651/662, Doctrina, cit. por BORINSKY, ob. cit.

⁷⁵ Así CABALLERO, *El enriquecimiento ilícito*... cit., ps. 798/799, quien señala que "la reforma constitucional que introdujo el art. 36 ha colocado al intérprete en la necesidad de advertir la más amplia significación conceptual que han adquirido los artículos del Título 11 del Código Penal denominado *Delitos contra la administración pública*, desde el momento en que el enriquecimiento ilícito de los funcionarios debe respetar la expresa definición de *grave delito doloso* contra el Estado que conlleva

Si bien este artículo demuestra que la lucha contra la corrupción en la administración pública es una de las metas fundamentales del Estado de Derecho, de ninguna forma autoriza la creación de tipos penales inconstitucionales. Al igual de lo que sucede en cualquier otro ámbito, la delincuencia nunca puede combatirse con medios ilícitos o contrarios a la Constitución. Es absurdo que se invoque la Constitución para, precisamente, violar garantías básicas previstas en esta Norma Fundamental.

Por otra parte, el artículo 36 de la Constitución Nacional tiene un sentido y contenido mucho más amplio, refiriéndose a cualquier delito doloso contra la administración que implique enriquecimiento como el peculado, cohecho, exacciones o negociaciones incompatibles, de modo que no existe ningún argumento para entender que dicho principio constitucional exige y sustenta la creación de un tipo penal como el examinado⁷⁶.

2. Como otro argumento adicional, a favor de la validez del tipo de enriquecimiento ilícito, se invoca la Convención Interamericana

de enriquecimiento y que no figuraba en la Constitución anterior que tuvo en cuenta la reforma de la ley 16.648⁷⁷. Aguirre Obarrio sostiene que el precepto en cuestión "implica reconocer como bien jurídico, no solamente el desempeño legal y ordenado de la administración pública, sino también el desempeño éticamente decoroso" (AGUI- RRE OBARRIO, Eduardo, *Sobre la ética pública y el artículo 36 de la nueva Cons- titución Nacional*, en *La cláusula ética de la Constitución Nacional* [art. 36, "in fine"]: *aspectos de Derecho Penal y Procesal* cit.).

⁷⁶ En palabras de Inchausti, con el apartado 5º del referido art. 36, "de ninguna manera se está creando una nueva figura en la reforma de Santa Fe. La Constitución sólo enfatiza una *directiva* con destino a quienes legislan, orientada a señalar la *gravedad* de todo delito que *conlleve enriquecimiento*. Esta indicando genéricamente que el peculado, el cohecho, la exacción, la malversación, la administración fraudulenta, etc. (es decir, *delitos dolosos* que *producen u originan* enriquecimiento de los funcionarios que en ellos incurran), deben originar para su autor la pena de inhabilitación *si conllevan enriquecimiento*" (INCHAUSTI, *Enriquecimiento ilícito*... cit., p. 69). En definitiva, la reforma constitucional "no quiere modificar los presupuestos básicos del Derecho Penal del Estado de Derecho: legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, principio de inocencia, nadie está obligado a declarar contra sí mismo, etc. En pocas palabras, el saldo reza que quien cometa cohecho, peculado, aceptación de dádivas, etc., que impliquen enriquecimiento, debe sufrir la inhabilitación que establece la ley. Derivar de allí la validez de una forma determinada de perseguir los enriquecimientos ilícitos es «poner los caballos detrás del carro»" (SANCINETTI, *Sobre la inconstitucionalidad*... cit., p. 959).

contra la Corrupción", cuyo artículo IX establece que "Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él".⁷⁸

Desde este punto de vista, se sostiene, a través del tipo de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 268.2 del Código Penal, que nuestro país no hace más que cumplir con este compromiso internacional asumido mediante la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción.⁷⁹

Sin embargo, el propio artículo IX de la Convención aclara que el castigo del enriquecimiento ilícito debe hacerse "Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico", y resulta inquestionable que los principios de culpabilidad, legalidad, inocencia y la garantía contra la autoincriminación no sólo están previstos en nuestra Constitución Nacional, sino que además constituyen principios básicos del sistema penal de nuestro Estado.⁸⁰

⁷⁷ Esta Convención ha sido firmada el 29-3-96 en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos (OEA), llevada a cabo en Caracas, Venezuela, y ha sido ratificada en nuestro país por la ley 24.759. Sobre esta Convención véase GORDILLO, Agustín, *Un corte transversal al Derecho Administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción*, en L. L. 1997-E-1091.

⁷⁸ Además agrega que "Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención", y "Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan".

⁷⁹ Véanse AGUIRRE OBARRIO, *Sobre la ética pública...*, cit., p. 34; CABA-LLERO, *La Convención Interamericana contra la Corrupción y la legislación penal argentina* cit., p. 1153; DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional* cit., p. 257.

⁸⁰ Sancinetti afirma incluso que la aclaración "Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento" fue exigida por los representantes de diversos Estados partes que consideraban inconstitucional la figura de enriquecimiento ilícito (SANCINETTI, *Sobre la inconstitucionalidad...* cit., p. 960). Como sostiene Julio Castro, "podemos afirmar decididamente que no se ha respetado la

En consecuencia, y tal como ha ocurrido en otros países⁸¹, el ser parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción no autoriza la inclusión de tipos penales que contradicen las garantías básicas que sustentan un Estado Democrático de Derecho.

9. *El argumento de la lucha contra la corrupción*

Es muy difícil mantener una posición crítica con respecto a delitos

Convención ya que la actual redacción del art. 268 (2), Cód. Pen. es justamente atentatoria de la Constitución Nacional y las garantías individuales allí consagradas” (CASTRO, *El enriquecimiento ilícito...* cit., Cap. 3, a).

⁸¹ Especial atención merece el caso de Uruguay, donde, a pesar de sancionarse una ley para combatir la corrupción (ley 17.060), se rechazó por mayoría parlamentaria una figura similar a la de nuestro art. 268.2, Cód. Pen. Cuando se discutió la ley en el Poder Legislativo, se indicó que las urgencias políticas para atacar la corrupción no pueden hacer flaquear las garantías. La discusión parlamentaria nos ofrece datos interesantes. Así, el Dr. Santoro señaló que “tendríamos que romper la normativa constitucional y una larga tradición en materia penal, si admitiéramos [...] que por el simple hecho de que no se justifica, se incurre en el delito. Esa situación no se compadece con nuestro ordenamiento constitucional y legal”. El senador Barile agregó que no sólo se invierte la carga de la prueba sino que se transforma a todos los inocentes en culpables y sin posibilidad en muchos casos de que puedan probar fehacientemente la naturaleza de ese enriquecimiento, señalando que “la defensa de los bienes y la moral de una sociedad no pasa solamente por el juzgamiento de la conducta de las personas cuando cometen delitos, sino que radica en la defensa de un sistema que da a todos los ciudadanos las garantías de ser protegidos por textos legales, claros y explícitos, que limitan las coordenadas de la vida de cada uno de nosotros” (véase ampliamente MALET VÁZQUEZ, Mariana, *La corrupción en la Administración Pública. Aproximación a la ley 17.060. Normas referidas al uso indebido del poder público*, Montevideo, 1999, ps. 145 y ss.). Quienes defendían la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito insistían en la idea de dejar a un lado las garantías básicas; por ejemplo, señalaba el senador Millor que “en la figura del enriquecimiento ilícito, adoptamos la tesitura de varias legislaciones modernas que salomónicamente han establecido que a problemas nuevos soluciones nuevas, por más revolucionarias que sean. Ellos han invertido la carga de la prueba de manera que cuando se trate de un funcionario público de particular relevancia, exista una sospecha de la forma en que acrecentó su patrimonio, el juez que entienda de recibo de esa sospecha y cite, con todas las garantías del debido proceso, al funcionario público al juzgado para que explique cómo mejoró su patrimonio, tendrá que ser este último el que demuestre que lo hizo honestamente” (MALET VÁZQUEZ, ob. cit., p. 145). La discusión parlamentaria puede consultarse en www.parlamento.gub.uy. Agradezco el material y la información a mi colega Diego Silva Forné.

como el enriquecimiento ilícito, que han sido creados para combatir un verdadero mal social como la corrupción en la administración pública. Se trata de un fenómeno muy complejo⁸², cuya solución no puede encararse sólo desde un ángulo normativo, y mucho menos pretender que el Derecho Penal constituya el verdadero remedio. Suelen alegarse a favor de esta clase de disposiciones argumentos de "moralidad", "honestidad", "transparencia", etcétera⁸³. No obstante, ¿la supuesta lucha contra la corrupción puede hacerse a cualquier costo?

Frente al argumento de que el tipo examinado es una herramienta necesaria para combatir la corrupción debe señalarse lo siguiente:

1. Que deban buscarse mecanismos idóneos para combatir la corrupción es evidente, pero también es claro que no puede ser el propio Estado el que promueva métodos ilegítimos por ser contrarios a las

⁸² Véase, por ejemplo, FLAX, Javier, *Las limitaciones de las teorías económicas de la corrupción*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1997, I-II-III, ps. 69 y ss.

⁸³ Rafael Bielsa, por ejemplo, lo decía en estos términos: "Desde luego, una ley así, moralizadora, resulta más necesaria aún en momentos en que el oportunismo de los que son nombrados o elegidos para cargos públicos se manifiesta de una manera audaz y desembazonada. Es posible que a este proyecto se le formule algún reparo, más o menos impresionante para dilatar su sanción. Por ejemplo: que en él se crea una *presunción* contra los funcionarios de los diversos poderes del Estado; pero es que se trata de presunción que puede desvirtuarse con la explicación fundada sobre la adquisición de esos bienes, y que debe documentarse en un Registro especial, que el mismo proyecto crea. Se dirá que se abre virtualmente una especie de *proceso* contra los funcionarios públicos. Y aun es posible que se invoque vagamente alguna garantía constitucional de factura liberal. Pero para el jurista informado y honesto esos reparos son relativamente extraños" (BIELSA, *El enriquecimiento ilícito de funcionarios...*, cit., ps. 483 y ss.). También Ricardo Levene sostenía que con este delito "los funcionarios honestos, que son los más, podrán ofrecer públicamente pruebas de su honradez, haciendo frente a la suspicacia y a la maledicencia", proclamando que "se incorporen de una vez por todas a nuestra legislación disposiciones que prestigien y resguarden la función pública y a los servidores del Estado" (LEVENE [h], *El delito de enriquecimiento ilícito...*, cit., p. 1095). Con estos argumentos concluía que con esta y otras previsiones "se dignificará el ejercicio de la función pública, se disminuirán los prejuicios de la colectividad, se acrecentará en el pueblo la confianza en sus mandatarios y que, en consecuencia, se consolidará nuestro régimen republicano de gobierno y sus instituciones" (ob. cit., p. 1100).

garantías y principios que el mismo ha formulado. En términos gráficos podría decirse que para combatir la corrupción "el Estado se vuelve al mismo tiempo corrupto".⁸⁴

2. Las garantías fundamentales del Derecho Penal no pueden ser utilizadas o desechadas según las conveniencias y necesidades de cada situación, y mucho menos según "la clase de delito". El Derecho Penal es uno solo, de modo que sus principios deben ser aplicados sin distinción de bienes jurídicos, autores o tipos de delito.⁸⁵ Los principios de culpabilidad, legalidad, inocencia y *nemo tenetur* rigen sobre todas las personas, incluso los funcionarios públicos, y no se trata, como algunos creen, de garantías renunciables.⁸⁶

3. Por último, desde el punto de vista práctico esta supuesta finalidad de la figura ha sido un rotundo fracaso. Estadísticamente ha sido insignificante la cantidad de condenas que se han dictado por este delito,

⁸⁴ En palabras de Donna, "El tipo penal en cuestión [...] 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, en el Derecho Penal Económico, en el Derecho Penal de drogas, etc. 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" (DONNA, *Derecho Penal...*, cit., p. 387). Comparte esta posición recientemente BUOMPADRE,

Delitos contra la administración pública cit., p. 349. En suma, como señala Sancinetti, "una vez que uno se atreve a emprender el camino de la violación a las garantías constitucionales dando sólo algunos pasos que le permitan alcanzar ciertos efectos prácticos, puede errar el destino para siempre, y esto quiere decir que probablemente decaiga cualquier otra garantía y siga sin lograrse ningún efecto que no sea *persecutorio*: cualquier otra garantía, digo, como la simple sujeción del juez a la ley" (SANCINETTI, *Sobre la inconstitucionalidad...*, cit., p. 940).

⁸⁵ Bien expresa Sancinetti que "las garantías valen justamente también (y principalmente) para el caso de que el imputado sea *delincuente*" (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...*, cit., p. 44).

⁸⁶ Es decir, "la pregunta relativa a si el art. 268 (2), Cód. Pen. viola garantías constitucionales o no las viola es independiente de la calidad de la persona cuyas garantías se violan, en el caso, la calidad de «funcionario público»" (SANCINETTI, *Sobre la inconstitucionalidad...*, cit., p. 951).

y lo que es peor, existen menos condenas por enriquecimiento ilícito que por los otros delitos cuya "dificultad probatoria" dio origen al tipo penal examinado⁸⁷.

10. ¿Es posible reformular el tipo penal para adecuarlo a la Constitución?

Una vez aceptada la inconstitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, inmediatamente se presenta el interrogante de determinar si es posible reformularlo de modo que se ajuste a los principios de nuestra Norma Fundamental. Frente a ello, la pregunta que me hago es la siguiente: ¿cual es la razón de procurar mantener a toda costa una disposición inconstitucional que además ha resultado absolutamente ineficaz para combatir la corrupción?

El tipo penal de enriquecimiento ilícito no puede reformularse porque en realidad no tiene un contenido propio, sino que, como hemos visto, simplemente es una forma de castigar, salvando las dificultades probatorias y violando garantías constitucionales, otros delitos que ya se encuentran previstos por el mismo Código Penal.

En rigor, como en los sistemas donde no se contempla una disposición similar a nuestro artículo 268.2 del Código Penal, frente a un funcionario que se enriquece "excesivamente" durante el ejercicio de la función pública, el Estado cuenta con mecanismos idóneos y legítimos para actuar:

1. En primer lugar, la existencia de un incremento patrimonial in-

⁸⁷ Sancinetti lo expresa en los siguientes términos: "Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un *incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por el declarados*, se haría 'fácil' probar el hecho delictivo, con lo cual quedaría resuelta la deshonestedad administrativa, sería devuelta a la comunidad la confianza perdida en el sistema democrático en su conjunto, y sería protegido también el buen nombre de los funcionarios probos, que habían de poder demostrar en todo tiempo la regularidad de su situación patrimonial [...] Sin embargo, la incorporación de este 'tipo penal'—que ponía en peligro, de modo considerable, principios fundamentales del Estado de Derecho—defraudó completamente las expectativas. No sólo el ejercicio desviado de la función pública es hoy mucho mayor que en los años '60, y notoriamente más intensa la desconfianza de la sociedad hacia los funcionarios—habituada como está, a soportarlos como un mal inevitable—" (SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito...*, cit., ps. 17 y ss.).

justificado debe ser tenida en cuenta para realizar una investigación seria y profunda sobre la actividad del funcionario y detectar si ha cometido o no algún delito. Los tipos penales que pueden generar "enriquecimiento ilícito" ya se encuentran previstos en nuestro ordenamiento, de modo que lo que debe hacerse es mejorar el funcionamiento de los organismos de investigación y control para evitar su impunidad.

Como ocurre con cualquier delito, el juez o el fiscal pueden partir del "resultado" (el enriquecimiento) para procurar la obtención de pruebas sobre la acción ilícita que se ha cometido. El camino o la ruta del dinero suele ser un dato fundamental para detectar judicialmente hechos de corrupción. Pero lo que no puede aceptarse es que la ley se conforme, para fundar un castigo, con la sola demostración de un resultado sin la acción del autor.

2. Sin perjuicio de ello, la demostración de un incremento patrimonial que no guarda relación con los ingresos lícitos ya puede dar lugar, por sí sola, a la imputación de ciertos delitos, cuando —como ocurre usualmente— el funcionario no cumplió con el deber de incluir los bienes adquiridos en sus declaraciones juradas.

Como consecuencia de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188), todo funcionario tiene el deber de presentar declaraciones juradas patrimoniales, incurriendo en delito cuando "omite maliciosamente hacerlo" (art. 268.3, primer párrafo, Cód. Pen.) o cuando "falsare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener" (art. 268.3, tercer párrafo). En estos casos si que estamos ante verdaderos delitos de mera infracción al deber que no ofrecen los reparos constitucionales expuestos con relación al tipo penal de enriquecimiento ilícito.

IV. Conclusión

Lo expuesto precedentemente demuestra que existen argumentos suficientes para sostener que el delito de enriquecimiento ilícito (art. 268.2, Cód. Pen.) es inconstitucional por violar principios elementales de nuestro sistema constitucional: culpabilidad, legalidad, ino-

cencia y la garantía contra la autoincriminación, pudiendo afectarse, además —en ciertos casos—, el principio del *ne bis in idem*.

Por los motivos analizados, la idea de sostener una especie de re-

nuncia implícita a las garantías constitucionales no parece adecuada, no sólo porque el ingreso a la función pública no puede suponer dicha consecuencia, sino porque se trata de principios irrenunciables en un Estado de Derecho. Tampoco pueden invocarse para defender la validez de este tipo penal el artículo 36 de la Constitución Nacional ni el artículo IX de la Convención Interamericana de Lucha contra la Cor-

rupción, porque ninguna de esas disposiciones autoriza a violar garantías y principios enunciados por la propia Constitución Nacional. El Estado no puede ni debe recurrir a sistemas o procedimientos con-

trarios a las reglas básicas que el mismo ha enunciado.

Volviendo al ejemplo del principio, entiendo que en un Estado Democrático de Derecho, respetuoso de las garantías fundamentales de los ciudadanos, cuando se constate que un funcionario se enriqueció de modo apreciable durante el ejercicio de la función pública, la solución adecuada no debe buscarse en la aplicación de un tipo penal inconstitucional como nuestro artículo 268.2 del Código Penal, sino que deben utilizarse todos los recursos y mecanismos legítimos para demostrar las conductas delictivas que puede haber cometido aquel funcionario.

Finalmente, no parece que pueda “reformularse el tipo”, sino que debe derogarse, aplicando los tipos penales que pueden dar origen al enriquecimiento, ya previstos en el Código Penal, sin perjuicio del funcionamiento de ciertos delitos de infracción al deber como los previstos en el artículo 268.3 del Código Penal.

EL SENTIDO DEL VERBO SUSTRAER EN EL DELITO DE PECULADO

por JULIO CÉSAR DI GIORGIO

SUMARIO: I. Introducción. Desde el lenguaje. II. Distintas posiciones en la doctrina y jurisprudencia. Consecuencias. III. La palabra y su significado para el Derecho Penal.

I. Introducción. Desde el lenguaje

Es evidente que el lenguaje es un instrumento de comunicación básicamente efectivo y de suma importancia, ya que permite la vinculación entre los miembros de la sociedad. Sin embargo también es un hecho palpable que presenta grietas, y que a ello no escapa el Derecho¹.

Sucede con frecuencia que falseamos, sin buscarlo, lo que en verdad deseamos expresar, no podemos reflejar con precisión y pureza aquello que íntimamente procuramos comunicar. Al preguntársele a Jorge Luis Borges si mentía, contestó que voluntariamente no, pero —agregó— que “el lenguaje es algo tan pobre comparado con lo que sentimos y lo que pensamos que estamos obligados a la mentira. Ya que cada palabra es una mentira. Stevenson dijo que en cinco minutos de la vida de cualquier hombre pasan cosas que el vocabulario y los medios de Shakespeare no podrían expresar. Es decir el lenguaje es un instrumento torpe y eso puede obligarlo a uno a mentir, deliberadamente creo que no...”²

¹ Genaro R. Carrió, tras señalar que el lenguaje es la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres, agrega que no siempre funciona bien (*Noias sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 17).

² Borges *íntimo*. Un reportaje de Gloria López Lecube.

Esa es la realidad en que nos desenvolvemos; una realidad sujeta a condicionamientos, errores y apreciaciones inexactas como consecuencia de las carencias del lenguaje, que paso a paso van creando situaciones de perplejidad merecedoras de una aclaración. A menudo se advierte que no siempre un malentendido obedece a una deficiencia en la captación del mensaje por parte del receptor.

Lo dicho no implica que deba perderse la quietud, resignarse y mantenerse aislado o vacilante, como si el lenguaje se moviera en un absoluto misterio, sino percibir y entender que, de cuando en cuando, está inevitablemente destinado en algún grado a la deformación de la idea, y con ello hay que saber convivir, sin renunciar al empleo de expresiones que de manera más cabal se aproximen a lo que mora internamente (emociones, percepciones, etc.) y se pretende transmitir, cuya máxima manifestación podría hallarse en el lenguaje poético. Es obvio que en otros ámbitos no se requiere el uso de dicho lenguaje para satisfacer mínimamente las expectativas, a pesar de cuán inciertas puedan resultar las palabras.

Argumentar que el lenguaje es sólo un recurso acotado en relación con nuestra naturaleza no denota un acto de intolerancia, pues nadie puede desconocer la extrema importancia que reviste, sobre lo cual es ilustrativo el desconcierto de Babel (Génesis 11:5-9). Desde luego, el hombre se comunica con sus semejantes, principalmente, por medio del lenguaje. Es algo que va íntimamente enlazado con el vivir en sociedad; tanto, que la sociedad lo tiene como cosa característicamente suya. Es una especie de pacto o convenio establecido entre los hombres que forman parte de una comunidad (nación, país, región): todos están de acuerdo en dar a determinados signos determinados valores; el intercambio de estos signos entre unos hombres y otros hace posible la vida en común.³

Tal instrumento cuenta con las palabras como unidades primarias, cuyo significado (que tiende a representar un concepto que la generalidad de los hombres le asigna), a veces impreciso⁴, otras no o no

³ SECO, Manuel, *Gramática esencial del español*, Espasa Calpe, Madrid, p. 148.
⁴ Desde la posición de Alf Ross, para todas las palabras "vale que su significado es vago, o que su campo de referencia es indefinido y consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas, que se transforma gradualmente en un círculo de incer-

tanto, posibilita, de cualquier modo, la vida en sociedad, fundamente-
talmente cuando es fácil captar el sentido dado en consideración al
concreto marco situacional en que se utilizan, que diluye la confusión
o el error.

Al respecto apuntaba Aldous Huxley que las palabras están ahí
para explicar el significado de las cosas, de manera que quien las
escucha entienda ese significado.

La palabra nace, vive y muere en la sociedad que la emplea; no
obstante, de ordinario, es su significación⁶ la que nace, vive, muere y
cambia, y esta variación puede ser leve o mayúscula, y se produce
gradualmente a instancia de las costumbres sociales.

En todo este contexto se inserta el Derecho, que se vale del lenguaje
como herramienta indispensable para lograr su realización y, por lógica
derivación, no elude las vicisitudes propias de aquél, ya que recoge
su uso natural, corriente, cotidiano⁷, más allá de las imprecisiones que

tidumbre que abarca posibles usos de la palabra en condiciones especiales no típicas.
La mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o
más, cada uno de ellos constituido en la forma de una zona central a la que se añade
un círculo de incertidumbre. Tales palabras son llamadas ambiguas⁸. Por lo que en
su resumen puntualiza que: "1) El significado posible de toda palabra es vago; su
posible campo de referencia es indefinido. 2) La mayor parte de las palabras son
ambiguas. 3) El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando
ella es considerada como parte integrante de una determinada expresión" (*Sobre el
Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, ps. 111/2).

⁵ RAMOS, Juan P., *La vida de las palabras*, en diario *La Prensa* del 1-8-48,
Sección Segunda.

⁶ Con relación a ello, refiere Seco que: "Las palabras son vehículos que de vez
en cuando cambian su pasajero, o alguno de sus pasajeros, y continúan rodando
indefinidamente" (ob. cit., p. 239).

⁷ Karl Larenz opina que el lenguaje de las leyes no puede alejarse tanto del uso
general como ocurre con el lenguaje de algunas ciencias (*Metodología de la ciencia
del Derecho*, 2ª ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001, ps. 316/7,
cit. por AROCENA, en *Interpretación gramatical de la ley penal*, Advocatus, Córdoba,
p. 31).

En este sentido explica Carrió que "...las normas jurídicas, en cuanto autorizan,
prohiben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a
los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por
palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles
en términos de ellas. Esa no es una circunstancia meramente accidental; tampoco

puedan presentar las palabras; de ahí los diversos alcances que se les da y la razón de ser de los diversos métodos interpretativos. Si se repara, específicamente, en que entre las funciones de la norma jurídico penal—que expresa una valoración—está la de motivar al ciudadano, que es uno de sus destinatarios, es fácil y forzoso concluir que adquiere particular trascendencia que las disposiciones legales se sirvan del lenguaje común; de otro modo, al fracasar la comunicación por la incompreensión de la norma, fracasa el Derecho en sí. Eso no empece, por supuesto, al empleo de cierto tecnicismo, terminología o significado específico de algún vocablo, en tanto y en cuanto no incida sobre el posible conocimiento de la persona ajena al estudio de las leyes.

II. Distintas posiciones en la doctrina y jurisprudencia. Consecuencias

La relevancia de la palabra y el sentido que se le otorga se proyecta en el tema propuesto a las distintas corrientes que se erigen sobre la base de conferir al verbo *sustraer* un alcance propio y diferencial que marca la impronta de una postura frente a la otra.

Para un importante sector no es posible sustraer lo que se tiene en posesión, de manera que encontrándose en esa situación el funcionario público (es decir en poder de caudales o efectos), la conducta que éste realiza al concretar el tipo legal es en verdad una *apropiación* (a). Otros, los menos por cierto, equiparan la acción de sustraer con la de *apoderarse* del hurto (b). Finalmente, un tercer grupo argumenta que la idea de sustraer se relaciona con *apartar, separar, extraer*, y no es óbice para materializar la acción expresada por el verbo que los caudales o efectos estén en posesión del funcionario público (c).

Las consecuencias de la adopción de una u otra tesis trascienden

debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia remediable de la técnica de control social que llamamos Derecho. El uso eficaz de esta técnica reclama que las reglas jurídicas sean comprendidas por el mayor número posible de hombres. La función social del Derecho se vería hoy seriamente comprometida si aquellas estuvieran formuladas de manera tal que sólo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderlas. Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, *tienen* que hacerlo" (ob. cit., p. 49).

el marco meramente teórico, pues —a más de las aludidas diferencias— se advertirá correlativamente que mientras para algunos el plano subjetivo queda satisfecho con el *dolo o dolo genérico*, para otros tal aspecto requerirá un *dolo específico o un elemento subjetivo del tipo *distinto del dolo**, lo que obviamente repercutirá en el examen de ciertos hechos que la realidad puede presentar y que por su variedad exceden la casística.

a) Los que refieren una apropiación hacen hincapié en lo inadecuado que resulta el verbo *sustraer* para fijar el elemento material del peculado. Apunta Daniel P. Carrera que la doctrina ha señalado —citando a Manzini, entre otros— que el significado de *sustracción* es ambiguo, ya que sirve no sólo para indicar el hecho de quitar u ocultar la cosa con el fin de apropiación, sino también el de quitarla de un lugar determinado para apoderarse de ella⁸.

En esa opinión se enrola Francesco Carrara⁹, quien sostiene que dentro de la naturaleza del peculado está que el objeto público sea entregado al funcionario público que indebidamente lo emplea en provecho propio; pero no puede decirse que éste haya *sustraído*, pues está en posesión del objeto; lo que hace es *apropiárselo, distrayéndolo* del uso para el cual se destinaba y para el cual le fue entregado. Excepcional y rarísimo es el caso de peculado que se comete mediante *sustracción* verdadera y propia, es decir, cuando alguno se apodera clandestinamente de un objeto que no estaba bajo su cuidado. En igual dirección L. Anastasi, tras realizar una reseña histórica de los antecedentes del artículo 261 del Código Penal (entre los que destaca, como referente remoto, al Derecho Romano, en donde el peculado era simplemente el hurto de la cosa pública o sagrada), considera que los caudales y los efectos públicos están de antemano bajo el poder del depositario, del administrador o del cuentadante, por lo que para sustraerlos no necesitan “arrebatarlos”, les basta “apropiárselos”, rompiendo el vínculo de lealtad que al Estado les liga, y en virtud del cual, en su nombre, y para un fin público, están materialmente bajo su custodia¹⁰.

⁸ CARRERA, Daniel P., *Peculado*, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 127.

⁹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1964, vol. VII, véase parágr. 3377, p. 24.

¹⁰ ANASTASI, L., en L. L. 4-988. En lo relativo a los antecedentes del art. 261

Asimismo, Lorenzo Carnelli expresa que Garraud critica la utilización del verbo *sustrae*, por entender que importa apoderarse de aquello que no se tiene en posesión. Para Crivellari (*Il Codice Penale*, V, p. 725) "es de naturaleza de este delito que el objeto esté consignado al funcionario público, quien indebidamente lo convierte en su provecho", y por eso, deduce, no puede aseverarse que lo sustrae, "pues tiene ya su posesión". Otro tanto enseña Negri (*Il digesto italiano*, v. *peculado*): "El funcionario público tiene la posesión de la cosa, de manera que no puede decirse que realice una sustracción"¹¹.

del Cód. Pen., menciona que el texto anterior en su modificación de la ley 4189 disponía (art. 27) que "el funcionario que diere aplicación privada por cualquier acto de disposición o apropiación en beneficio propio o de terceros, a caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiadas por razón de su cargo, será castigado con...".

El Cód. Pen. anterior en su art. 268 decía: "El empleado que sustrae o consiente que otro sustrae los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia, será castigado...".

El Proyecto de 1891 incrementaba, como el Código vigente, al que sustrae caudales públicos, sin colocar en la misma situación al que consienta en la sustracción, como lo hacía el Código de 1866.

El Proyecto de Tejedor, Parte 2ª, Libro 2º, Título 2º, parágr. 9º, art. 3º, decía: "El empleado que sustrae o consiente que otro sustrae los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia, será castigado...".

En sus notas, el doctor Tejedor, refiriéndose a los remotos antecedentes de este delito, dice: "Esta sustracción constituía en la legislación romana y en nuestro antiguo Derecho el delito de peculado, *peculatus est furtum pecunie publica vel fiscalis*".

Anotemos, a los efectos de la interpretación del término "sustrajere" del art. 261 de nuestro Código Penal, la definición romana: hurto del patrimonio público o fiscal. El origen de la expresión peculado conduce a la misma idea. *Peculatus*, como *pecunia*, y *Peculium* derivan de *pecus* y de *Pecore*. El peculado es, entonces, en su origen, el delito de quien se apodera de las cabezas de ganado del Estado (Anastasi). En este sentido, Francesco Carrara, luego de definir 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 apropió", precisa en su nota al parágr. 3364 que a la palabra peculado suele señalarse la etimología de *pecus*, "rebaño o ganado", pues en éste tuvo origen el fraude, *quod ab eo initium fraudis esse coeperit*.

¹¹ CARNELLI, Lorenzo, en L. L. 34-646. Cita como antecedente que la palabra "sustrae" estaba ya en el Código español de 1850 (art. 318), y la mantuvieron el de 1870 (art. 405) y el de 1932 (art. 399). Su aplicación era, puede afirmarse, general.

Se observa, pues, que para esta posición no es posible que el funcionario público sustraiga algo que posee en administración o custodia en razón de su cargo. En esa visión se incorpora el estudio de los precedentes legislativos de que se nutrió nuestra disposición, y se resalta que en el Derecho italiano, que fue uno de los antecedentes, el *sustraer* o *distraer* del artículo 168 de 1889 pasó a ser en el artículo 314 del Código de 1930 *appropriar* o *distraer*, conjurando con ello los vaivenes interpretativos que hasta entonces se formulaban.

Partiendo de esa base, los seguidores de tal opinión requieren para la configuración del delito de peculado de una apropiación.

Con algunas variantes —apunta Fontán Balestra¹²— nuestros intérpretes han dado a la expresión *sustraer* el significado de apropiación *indisponer*, identificándolo algunos como un delito de apropiación *indefinita* (Malagarriga, *Código Penal*, t. III, p. 213; González Roura, *Derecho Penal*, t. III, Nº 310, p. 388; Oderigo, *Código Penal*, nota 1317; Cámara del Crimen de la Capital, L. L. 65-31; Cámara Criminal de Concepción del Uruguay, L. L. 105-276). En efecto, Octavio González Roura considera que el delito participa en general de los caracteres de la apropiación *indefinita*¹³ y concordantemente Mario Oderigo sostiene que se trata de un delito de apropiación *indefinita* que se rige por los principios del delito previsto por el artículo 173, inciso 2º del Código Penal¹⁴. En

Se encontraba, pues, en las leyes que pudieron servir de fuente inspiradora a nuestra disposición: la italiana del '89 (art. 168), la francesa aún vigente (art. 169), numerosos códigos americanos. En todos esos precedentes, sustracción es apropiación, acto de dominio, tanto para sí como para otro, puesto que en ambos supuestos se dispone de la cosa ajena como si fuere propia, superando las facultades correlativas al vínculo existente con esa cosa ajena, que está circunscripto a la naturaleza de una posesión y una posesión tan sólo penal.

¹² FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. VII, p. 322.

¹³ GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho Penal*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1922, t. III, p. 323.

¹⁴ ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, Ideas, 1946, p. 366.

Sebastián Soler dice que el presupuesto característico de este delito coincide con el abuso de confianza del art. 173, inc. 2º del Cód. Pen., con la diferencia de que en el presente caso las funciones de custodia derivan de una situación oficial o son legalmente definidas: los bienes son confiados por la razón misma del cargo. Son aplicables, por lo tanto, en este punto, los principios expuestos con respecto a la

fallo de la Cámara Criminal de Concepción del Uruguay, del 24-3-60, "I, S.", se dijo que "el delito de malversación de caudales exige que los efectos bajo administración o custodia del funcionario hayan sido sustraídos, en beneficio de éste o de un tercero. La apropiación debe consistir en una efectiva interversión del título por el que se recibieron tales efectos, y la interversión debe ser manifestada por actos inequívocos (donación, venta, permuta, locación, consumo, etc.) o aun por actos equívocos (uso, empeño, etc.) en ciertas condiciones" (así también: CCorr. de Mendoza, 8-8-44, R. L. L. VI-826, s. 16; J. M. XIII-428; CCorr. de Capital, 26-10-51, L. L. 65-31).

A criterio de Carnelli, para el peculado, lo mismo que para la apropiación indebida, es indispensable que exista sobre la cosa una determinada y especial posesión, a la cual el funcionario público la trans-
forma en dominio, es decir, no hace más que invertir el título¹⁵.

Por su parte, Ricardo C. Núñez entiende que sustrae, en el sentido del artículo 261, el funcionario que ilegítimamente se apropia de los caudales o efectos públicos que administra, percibe o custodia¹⁶. Eusebio Gómez señala que se sustraen los caudales o efectos cuando de ellos se apropia el funcionario público¹⁷, y también en esa línea Juan P. Ramos refiere que la sustracción debe ser un acto de apropiación

retención indebida. En cierto sentido, puede decirse que el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función.

Señala que la acción está definida por el verbo sustraer, y en esto, que es imponible, hay diferencia con la definición del art. 173, inc. 2º del Cód. Pen. En general, debe considerarse que el empleo de esa expresión importa una mayor severidad con respecto a la concesión de facultades dispositivas sobre la cosa. Y agrega que la sustracción a que se refiere el artículo 261 consiste en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones las colocan. Para la consumación del delito es necesario poder afirmar que ese vínculo, en algún momento, ha sido quebrantado (*Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, t. V, ps. 235/7).

¹⁵ CARNELLI, ob. cit.

¹⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, t. V, vol. II, p. 114.

¹⁷ GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Cia. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. V, p. 533.

o de disposición¹⁸. Cuello Calón, al comentar el verbo típico del artículo 394 del Código Penal español, sostiene que sustraer equivale aquí a la apropiación definitiva¹⁹.

En numerosos antecedentes jurisprudenciales se ha considerado que se trata de una apropiación. En tal sentido se sostuvo que "la acción delictuosa prevista en el artículo 261 del Código Penal, consiste en sustraer caudales públicos, es decir, apropiarse de ellos, lo que gramatical y jurídicamente significa: tomar para sí una cosa, haciéndose dueño de ella" (Cort. de Mendoza, 27-4-57, "E. V., C. H.", J. A. 1957-III-282, Nº 19.215; concordante: CCCR. Iº, 21-3-2001, "A. M. B.", CHU. 12.199; STJ de Entre Ríos, 31-12-45, R. L. L. VII-784, s. 2; SCJ de Tucumán, 2-10-48, J. A. 1949-II-268, L. L. 54-329)²⁰.

b) Son pocos los que piensan que la acción de sustraer es equivalente a la de apoderarse del hurto²¹. La Cámara Federal Criminal y Correccional, sala 2ª, sostuvo que: "dicha disposición castiga al funcionario público que sustrajera caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo. Para alcanzar el concepto de sustracción, verbo típico de la figura, debe tenerse en cuenta la evolución legislativa del peculado en nuestro Derecho. Ello muestra que, con excepción de la ley 49 de 1883 destinada a reprimir los delitos cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales, que se refería a distraer o hurtar, los otros precedentes achacaban al delito al que *sustrae* o *consiente* que *otro sustraiga*. El Proyecto de 1891 delimita las formas previstas en el elemento material suprimiendo la expresión *consiente* en que *otro sustraiga* y dejando sólo *sustrae*, fór-

¹⁸ RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, t. VI, p. 218.

¹⁹ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, Barcelona, 1949, p. 398.

²⁰ Además de los referidos fallos, menciona Carrera, en la ob. cit., que la jurisprudencia dominante rehúye emplear el vocablo que la ley utiliza, y pone de manifiesto la preferencia por el término apropiación como el elemento material. Cita los siguientes antecedentes: CFed. de Capital, 30-4-64, "Ocio", J. A. 1964-III-490; CFed. de La Plata, 11-9-42, "García Álvarez", J. A. 1942-IV-430; CFed. de Resistencia, 19-7-56, "Jardón", J. A. 1956-IV-106; CFed. de Bahía Blanca, 16-4-36, "Cabrera", L. L. 2-949; CFed. de Rosario, 12-5-43, "Figueroa", J. A. 1943-II-541; CFed. de Mendoza, 10-8-44, "Céjas Daguerre", J. A. 1944-III-772; J. M. XIII-382; B. J. M. 1944-11-6.

²¹ Carlos Vázquez Irizubieta refiere que González (en *El Código Penal*, t. II, p. 311) sigue tal postura (*Código Penal comentado*, t. IV, p. 480).

mula que recepta el Código argentino. No debe olvidarse que peculado (*peculatus* como *pecunia*, *peculius*) deriva de *pecus*, que originariamente fue el delito de quien se apoderaba del ganado público, ya que antiguamente eran esos bienes los que servían al Estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de valores. El peculado aparece como un hurto agravado por la calidad de las cosas sobre las que recaía" ("Z., C. A. y otros", 11-2-86).

Esta opinión recibió fuertes y fundadas objeciones, habida cuenta de que apoderarse, en lo medular, implica traer bajo su poder algo que no se tenía, y en el peculado el agente obra sobre los bienes que se encuentran materialmente en su poder²².

c) Por último, quienes se ciñen a la semántica del término entienden que el peculado se materializa mediante una sustracción que importa la idea de separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública. Así Edgardo Alberto Donna²³, quien brinda el referido concepto, como también Laje Anaya, en cuanto expresa que sustrae quien con su acción separa o aparta sacando el caudal o el efecto del ámbito de tenencia de la administración pública²⁴. Carlos Creus²⁵, que conluga con dicha línea argumental, descarta que pueda equipararse la sustracción del artículo 261 del Código Penal con el apoderamiento propio de la acción de hurto, y que más bien la doctrina ha insistido en darle un significado de apropiación. Sin embargo, indica que en ese sentido de apropiarse—tanto como en el de apoderarse—hay un contenido subjetivo que no es exactamente igual al que informa la acción de sustraer: si apoderarse importa la voluntad de quitar la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para hacerla ingresar en la propia, apropiarse importa la de disponer de la cosa a título de dueño. Sostiene que ninguno de estos contenidos parecen adecuarse a la acción de sustraer, ya que se puede sustraer sin querer hacer ingresar la cosa en la propia tenencia o sin querer

²² CARREIRA, ob. cit., p. 129.

²³ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 277.

²⁴ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, vol. III, p. 120.

²⁵ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, ps. 325/6.

disponer de ella como podría hacerlo el dueño; de ahí que sustraer el que quita la cosa de la esfera de custodia en que se encuentra, aunque no lo haga regido por aquellas direcciones de la voluntad.

Concluye el mencionado autor—en mi opinión acertadamente—que la acción propia del peculado se ha descrito como la de “apartar, separar, extraer”, y se afirma que se satisface con el simple quebrantamiento de la esfera de custodia en la que el bien legalmente se encontraba, sin perjuicio, por supuesto, de que ese quebrantamiento pueda configurarse a través de una verdadera apropiación; con todo, los requisitos de ésta no son imprescindibles para la configuración del peculado; tanto comete el delito el funcionario que sustrae los caudales administrados para hacer un viaje a Europa, como el que los sustrae para dar un disgusto a su superior.

La sala III de la Excm. Cámara de Casación Penal de la Nación ha sostenido en la causa 1147, “F., M. C.” (20-8-97), que “la acción consiste en *sustrae* precisamente los caudales o efectos administrados, percibidos o custodiados. Pero debemos tener en cuenta que sustraer no se equipara al *apoderamiento* propio de la acción del hurto, ni tampoco puede dársele un significado de *apropiación*; pues apoderarse implica la voluntad de quitar el bien cuya tenencia está en una esfera de custodia ajena para hacerlo ingresar en la propia, y apropiarse implica disponer de la cosa a título de dueño. La conducta propia del peculado es la de *apartar, separar o extraer*, y se configura con el quebrantamiento de la esfera de custodia en la que se encuentra el bien, determinada por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente, y cuya titularidad corresponde al funcionario autor del ilícito. Cabe aclarar que puede configurarse la acción de peculado a través de una verdadera apropiación, pero los requisitos de ésta no son imprescindibles para aquél”. En igual sentido la sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal (reg. 2933, c. 2256, “L., H. L.”, 5-11-99).

Las diferencias entre esta última posición y los que se enrolan en la que alude a una apropiación (que son los dos con mayores seguidores) tienen repercusiones en la conformación propia del delito, y va de suyo que, según la tesis que se siga, se configurará, o no, el aspecto subjetivo²⁶.

²⁶ No obstante, para algunos que exigen el ánimo de lucro, éste forma parte del tipo objetivo (Edgardo Donna, en la obra aludida, cita en la nota 57, p. 278, a MO-RALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la*

Advertiendo lo expuesto, Laje Anaya indica que subjetivamente el delito es doloso; nadie afirma lo contrario, pero según sea el criterio que se adopte sobre si es una apropiación, deberá exigirse, por la estructura subjetiva, algo más, o algo menos²⁷. Véase que Ramos expresa que el delito de peculado requiere dolo específico: el funcionario debe sustraer el dinero con el propósito de apropiárselo²⁸. Para Núñez, tratándose de una apropiación, la sustracción se integra subjetivamente con el *animus domini* y el conocimiento por el autor de la calidad y pertenencia de los bienes²⁹. Cuello Calón puntualiza que la intención delictuosa en este delito comprende el ánimo de apropiarse de los caudales públicos³⁰. Villada también demanda el ánimo de apropiación para sí o para tercero³¹, y asimismo Juan Bustos Ramírez exige sustracción con ánimo de apropiación³².

En cambio, quienes adhieren a la posición de que la sustracción del artículo 261, primer párrafo del Código Penal se satisface sólo con separar, apartar, extraer el caudal o efecto de la pública esfera de custodia en que se halla, no exigen más que el dolo o dolo genérico, pues a pesar de que no se pueda descartar que la actividad del autor esté signada, subjetivamente, por la intención de beneficiarse o beneficiar a un tercero, ello no es una exigencia de la tipicidad del peculado de bienes, para el cual viene a ser indiferente³³.

III. La palabra y su significado para el Derecho Penal

El alcance que pueda asignársele al verbo sustraer en el delito de

Parte especial del Derecho Penal, dir. por Gonzalo Quintero Olivares, coord. por José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1127).

²⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 121.

²⁸ RAMOS, ob. cit., p. 218.

²⁹ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 115/6.

³⁰ CUELLO CALÓN, ob. cit., p. 400.

³¹ VILLADA, Jorge L., *Delitos contra la función pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 413.

³² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 452.

Carrera y Fontán Balestra no exigen ánimo alguno específico (cfr. obs. cit., ps. 153 y 325, respectivamente).

³³ CREUS, ob. cit., p. 330.

peculado no es diferente al uso del lenguaje en la vida cotidiana, y salvo que se encuentre latente un cambio lento y gradual de su sentido natural, tiene como significado: *apartar, separar, extraer*³⁴.

Etimológicamente la palabra es un derivado del verbo "traer", que denota la idea de "arrastrar", "tirar de algo"³⁵, y cuenta con el prefijo "sub", que significa "bajo o debajo de"³⁶; es decir que desde su origen semánticamente guarda relación con arrastrar, tirar de algo por debajo. Si algún grado de imprecisión pudiera caber en una situación marginal, ni desde su nacimiento ni actualmente se llega a confundir con "apropiar", que implica "hacer propia de alguno cualquier cosa"³⁷ y, por tanto, este último vocablo entraña algo más —y distinto— que "sustraer". De manera que no puede hablarse de límites difusos o desdibujados al extremo de admitir leer "apropiar" donde dice "sustraer" (art. 261, primer párr. del Cód. Pen.). O sea, el campo de aplicación de la palabra "sustraer" no termina necesariamente cuando el funcionario hace propio un caudal o efecto, sino antes, cuando lo aparta, separa o extrae del ámbito donde debía estar, y habida cuenta de que la sustracción puede obedecer a varias razones, no es posible requerir una apropiación donde la norma no lo exige.

La posibilidad de que pueda haber sustracción sin apropiación da la pauta de que para la ley los verbos tampoco son sinónimos, y en ese razonamiento no es jurídicamente sano hacerle decir algo que no dice, ni aditarle un plus a la acción principal. Si así se mantiene la letra de la ley, así hay que respetarla, porque es su voluntad. En otro orden de ideas, el hecho de que los caudales o efectos estén en poder del funcionario público, como dispone el tipo, no es incompatible, al menos por ahora, con el significado socialmente otorgado al término *sustraer*, pues si la acción expresaba por dicho verbo

³⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

³⁵ COROMINAS, Joan, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, vol. IV (RI-Z).

³⁶ *Diccionario de la Lengua Española* cit.

³⁷ *Diccionario de la Lengua Española* cit.

La palabra proviene de "propio", tomado del latín *propius*, "propio, perteneciente a alguno o a alguna cosa" (COROMINAS, ob. cit., vol. III).

es—según se dijo—*apartar, separar, extraer*, perfectamente puede reahizarla aquel que tiene bajo su órbita tales objetos.

No se trata de una consagración a la interpretación gramatical, de un culto ciego a ella, sino de advertir que el verbo que recoge el precepto legal en nada desvirtúa el espíritu de lo que teleológica y valorativamente se procura proteger, y que, a su vez, resulta armonioso con el conjunto del ordenamiento jurídico.

Por más que parezca que el celo de la ley en el manejo de los fondos públicos es rígido, no hay por qué flexibilizarla exigiendo a nivel tipicidad un requisito que no trae, y que no puede incorporarse por los jueces a la disposición legal bajo la exégesis histórica del peculado y los cambios producidos en otras legislaciones. Nuestra ley expresa con nitidez lo que desea reprimir, y si en su origen el delito de peculado implicaba algo más que una sustracción, en la actualidad para nosotros se satisface con ésta³⁸ y atiende a su sentido. Ello a menos que se vislumbre una variación de éste³⁹, pues el lenguaje no es algo inmutable, sin duda.

³⁸ Con razón dijo Fínger que "terminada la ley se independiza de su pasado" (*Lehrbuch*, 33; cita de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed., Losada, t. II, p. 412).
³⁹ Obsérvese que en el *Diccionario del uso del español* de María Moliner se destaca que *no es frecuente* la primera acepción, que es: "Llevarse o separar de una cosa o de un conjunto de ellas una parte" (Gredos, Madrid, t. H-Z).

EL DERECHO DE RESISTENCIA

por DARIO MARTÍN MEDINA

SUMARIO: I. Las hipótesis. II. El marco teórico. 1. Introito: el punto de partida. 2. El delito de resistencia a la autoridad. a) Una saludable recorrida. 3. La legítima defensa o defensa necesaria. a) Un necesario y mínimo repaso. 4. El "ejercicio legítimo de las funciones". a) Caracterización provisoria. III. El diseño de la prueba. 1. La opinión actual de la doctrina. a) Para Zaffaroni "no se trata de un permiso". b) Donna, el ejercicio legítimo de las funciones y el derecho de resistencia. c) La propuesta de José Cerezo Mir. d) La postura de Luzón Peña. 2. Empezando a definir las cosas. El correcto tratamiento dogmático de los elementos del deber jurídico del autor. a) La naturaleza de los elementos del deber jurídico. b) La solución está en el punto medio. IV. La conclusión. 1. La respuesta a las hipótesis. 2. Bibliografía y artículos consultados.

I. Las hipótesis

Hipótesis principal: Cuando el Estado acomete a los ciudadanos, es posible ejercer contra ello el derecho a la legítima defensa.
Hipótesis subsidiaria: La significación y tratamiento dogmático que se otorgue a la frase "el ejercicio legítimo de las funciones" que describe el artículo 239 del Código Penal puede influir en la respuesta.

II. El marco teórico

1. Introito: el punto de partida

Es sabido que las diferentes formas de actuación estatal en algunos casos suelen traer aparejada de una manera inevitable la afectación a ciertos y determinados bienes jurídicos de los ciudadanos. Por ello, y

para evitar la transgresión al orden normativo, la actuación requiere del otorgamiento de una facultad legal y claramente establecida, que la respalde y que, como correlato, establezca para el deber jurídico de actuar una protección en el campo penal. Así el Estado se garantiza alcanzar sus fines sin vulnerar el orden jurídico ni acometer ilegalmente a los ciudadanos.

Es el principio de legalidad el que exige la vigencia de una norma que al nivel del tipo o de la justificación autorice la obligatoria intervención del Estado en el cumplimiento de sus funciones esenciales. La acción libre del funcionario público, mientras permanezca legítima, es adecuada a Derecho y el buen orden de la administración pública está garantizado.

En opinión de Maurach no actúa antijuridicamente quien ejecuta una acción, en sí misma típica, por encargo del poder estatal, en el marco de su competencia y dentro de los márgenes señalados por la ley¹. Por ejemplo, quien realiza obligatorias detenciones o ineludibles allanamientos. Al decir del profesor alemán, una acción oficial se en-contrará justificada si cumple ciertas exigencias mínimas del respectivo ámbito jurídico y que son conocidas de antemano.

En una misma dirección, Mezger afirma que no actúa antijurídica-mente el que en virtud de su situación oficial o de servicio está obligado a obrar en la forma en que lo hace, con arreglo a sus deberes oficiales respectivos².

Para Roxin, cuando quienes desempeñan un cargo estatal tienen que emplear diversas formas de coacción para hacer cumplir los preceptos jurídicos, tales medidas coactivas por regla general tienen adecuación en diversos tipos penales, entre los que podemos citar al azar las coacciones, lesiones, privaciones de la libertad. Según este autor, la licitud presupone una norma de intervención que opera como causa de justificación³.

¹ *Derecho Penal. Parte general*, t. I, *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, ed. act. por Heinz Zipf, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, ps. 503/4.

² *Derecho Penal. Libro de estudio*, t. II, *Parte especial*, p. 377, Librería El Foro, Buenos Aires, p. 175.

³ *Derecho Penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed. alemana y notas de Diego M. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p. 734.

Si bien Zaffaroni reconoce que frente a todo derecho constitucionalizado existe un deber jurídico del funcionario de respetarlo y de hacerlo respetar, no está para nada convencido con los conceptos ver-

tidos precedentemente.

Sostiene que tratándose de un deber para el funcionario y no de una mera potestad, resulta errónea la caracterización de la coerción oficial como ejercicio de un derecho del funcionario, tesis que sólo puede derivarse —reflexiona— de la previa afirmación de un pretendido y nunca explicado *ius puniendi* y de la confusión entre pena y coerción directa⁴. Si bien acepta que buena parte de la doctrina considera que la coacción estatal ejercida del modo señalado constituye un caso especial de justificación, se separa de esta concepción sosteniendo que difícilmente pueda asumirse que la administración cuente con un "privilegio" tal como para cancelar un injusto penal. En su opinión, una autorización oficial no puede volver lo injusto en lícito. Por eso concluye que los casos en que actuar —y al mismo tiempo avanzar sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, podemos agregar— es un deber para los funcionarios, se verifica una causa de atipicidad conglobante⁵. Cuando la autoridad estatal debe ejercer coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas (privaciones de la libertad, allanamientos, secuestros), su intervención no está justificada por permisos sino que es atípica, porque siempre que la injerencia sea conforme a los requerimientos objetivos de la ley, se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación⁶. Así las cosas, el funcionario que efectúa una detención en flagrancia tendería el deber de hacerlo, sin que la ley le permita comportarse de otra manera. Desde su punto de vista, el cumplimiento de este deber jurídico cancela la tipicidad objetiva.

⁴ *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 608.

⁵ Es interesante aclarar que para el autor el tipo objetivo tiene dos funciones: una sistemática que provee todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo (alguno de los cuales deben ser abarcados por el conocimiento del agente para que éste configure su voluntad dolosa pero que no son suficientes para ello), y otra conglobante, encargada de verificar la conflictividad del pragma, que implica tanto la verificación de la lesividad como de la posibilidad de que el mismo sea imputado al agente como propio (*Derecho Penal. Parte general* cit., p. 433).

⁶ Ob. cit., p. 609.

De todos modos, y al margen de la postura dogmática que se asuma, lo que en ningún caso puede discutirse es la importancia que tiene el deber-permiso que detenta la autoridad, puesto que en ese orden las conductas serán, en todo momento y si se ejercen legítimamente, conforme a Derecho.

Paralelamente, quien las resiste será responsable en tales casos por infringir lo normado por el artículo 239 del Código Penal que está guiado por la frase "el ejercicio legítimo de las funciones", que en materia de actuación estatal siempre se presume.

Como sostiene Malamud Goti⁷, la presunción se genera en favor de las acciones estatales por el valor funcional que representa la legitimidad de sus actos, existiendo un interés en mantener el principio de que el poder público se ejerce conforme a Derecho. Y en tales casos no puede resistirse el comportamiento estatal sin incurrir en delito.

Sin embargo, Groizard nos recuerda que aunque la presunción esta a favor de la autoridad pública y de los que tienen la misión de procurar que sean cumplidas sus órdenes, aquellas o éstos pueden, naturalmente, excederse en el límite de sus atribuciones y a partir de allí vulnerar injustificadamente los derechos de los particulares⁸.

Y este es el punto central a investigar.

De lo que se trata entonces en parte en este trabajo de investigación es de establecer qué debe hacer el ciudadano frente a este tipo de situaciones, es decir, cómo debe comportarse cuando el funcionario acomete en el ejercicio de sus funciones que deberían ser legítimas, pero que no lo son: tolerarlo en todo momento, so pretexto de respetar la presunción de legitimidad y el principio de autoridad conferidos a esa actividad gubernamental, o defenderse válidamente frente a un determinado acto estatal que no se adecue al correcto ejercicio de su función. Y en este último caso, la pregunta es si sería también responsable por infringir la norma del artículo 239 del Código Penal.

En otras palabras, la cuestión girará en torno a si la invasión de atribuciones y derechos ajenos, o la extralimitación en las funciones propias del cargo, deslegítiman la única fuente de legitimidad de la

⁷ *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

⁸ *El Código Penal de 1870*, t. 3, p. 456.

actividad estatal, permitiendo la resistencia del particular, es decir, tomando lícito lo que en otras oportunidades constituiría al autor en reo del delito que prevé y reprime el artículo 239 de nuestro cuerpo de normas.

Este es el punto de partida.

2. El delito de resistencia a la autoridad

a) Una saludable recorrida

Nos dice el artículo 239 del Código Penal: "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".

Analizando el tipo penal, podemos interpretar como primera medida que *el bien jurídico* tutelado por la norma es el orden de la administración pública en lo mediano y la acción libre del funcionario público en lo inmediato.

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. El funcionario *debe ya estar actuando*, previa decisión, y debe mediar una oposición del sujeto activo en condiciones de recibir la acción, valiéndose de medios violentos (intimidación o fuerza), con el fin de impedirle su acción u obligarlo a hacer algo. La acción típica sólo es posible durante el desarrollo del acto, *no antes de su comienzo ni cuando ya ha cesado*. Es decir, debe mediar contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario.

Soler enseña que "tratándose de un acto individualizado, el delito de resistencia comienza cuando el órgano inicia el ejercicio de su función ejecutiva, esto es, del acto mismo encomendado". Y agrega que "La resistencia comienza con el primer contacto con el destinatario, aunque éste no se produzca en el lugar mismo donde la diligencia debe cumplirse".⁹

⁹ *Derecho Penal argentino*, 8ª reimp. total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978, t. V, p. 100.

No es preciso que se logren algunos de los fines que se persiguen (impedir o trabar la ejecución del acto); como sostiene Fontán Bales-tra¹⁰, es suficiente el fin de trabarlo, es decir de dificultarlo, de entorpecerlo o de obstaculizarlo.

El órgano debe hallarse en el ejercicio legítimo de funciones, pues si bien la resistencia en lo inmediato se dirige contra la persona, ello es así en la medida en que es órgano de la voluntad del Estado, que es el fin mediato. Lo expuesto es condición sine qua non para la existencia del delito.

En otros términos, como sostiene Donna, "...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 [...] En síntesis, el verbo típico implica la resistencia por vías de hecho a una orden legítima"¹¹.

Este concepto, el de las vías de hecho, es, según Juan Carlos Cassagne, obra de la jurisprudencia francesa, pertenece al campo de la ilegitimidad y comprende todos aquellos comportamientos materiales que, sin alcanzar a configurar una declaración, impliquen una grosera o grave violación al ordenamiento jurídico¹².

Para Mezger¹³, ataque por vías de hecho es toda acción que se dirige, con voluntad hostil, directamente hacia el cuerpo de un tercero, no siendo necesario que se hubiera producido una lesión, como cuando por ejemplo, el golpe se ha parado o se ha errado en el blanco. La

¹⁰ *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, t. VII, p. 139.

¹¹ *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 60.

¹² La Ley de Procedimientos Administrativos 19.549, con las modificaciones in-

roducidas por la ley 21.686, prevé a título enunciativo dos supuestos de vías de hecho en su artículo 9°: a) El comportamiento material que sea lesivo de un derecho o garantía constitucional, y b) la puesta en ejecución de un acto hallándose pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa implique la sus-

pensión de ejecutoriedad o que, habiéndose resuelto, no fuere notificado. Destaca el autor que la lesión debe implicar un ataque efectivo, un comportamiento material, que como tal sea tangible, no bastando con la lesión potencial o una mera amenaza de sufrir perjuicio (*Derecho Administrativo*, 2° ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. 2, ps. 49/50).

¹³ *Derecho Penal...* cit., p. 377.

resistencia implica entonces para este autor actuar en contra del em-
pleado en forma activa y apropiada para oponer un impedimento a la
acción de ejecución.

No hay acuerdo en la doctrina cuando se estudia si es constitutiva
del delito en examen la acción del sujeto que ejerce fuerza, no contra
el funcionario público, sino contra las cosas.

Tozzini¹⁴ sostiene que la ley exige que la intimidación o fuerza se
ejerciten contra un funcionario. El texto es bastante claro en esa dirección.
Sin embargo, Fontán Balestra y Millán, citados por Laje Anaya¹⁵
y por el propio Tozzini¹⁶, amparándose posiblemente en doctrina ex-
tranjera, dicen los autores, lo estiman posible.

Es convincente este último cuando argumenta¹⁷ que salvo que las
cosas se consideren como integrantes del ámbito de la libertad de
acción del sujeto pasivo, lo cual no parece lógico ni jurídico, lo rele-
vante es que la violencia sea emprendida contra el funcionario público,
con lo cual no parece factible aceptar esta posibilidad.

Sujeto activo del delito puede ser cualquiera, inclusive un funcio-
nario público, destinatario de la orden o no, pues la ley no reclama
ninguna calidad especial.

Sujeto pasivo deben ser los funcionarios públicos en sentido amplio
—artículo 77 del Código Penal¹⁸—, encargados de una función ejecutiva,
o un particular, cuando se trate, por ejemplo, de la aprehensión de un
delincuente in fraganti delito o de una ayuda o cooperación a pedido
del funcionario, pues en tales casos el particular que coopera es equi-
parado por la ley a un funcionario público, a los fines de la norma
penal.

¹⁴ Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, Buenos Aires, enero-marzo de 1969, p. 54.

¹⁵ *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, vol. III, p. 15.

¹⁶ En la publicación ya citada, p. 61.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Que establece que "Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrá presente las siguientes reglas [...] Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público' [...] 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 ley penal equipara los términos "funcionario" y "empleado público", pese a que sólo el primero detenta su función conferida en virtud de un mandato competente o elección popular, como dice la norma, y a partir de una *delegatio* propia de sus funciones que no posee el empleado, el cual cumple un papel de mero auxiliar en la estructura del poder estatal, en cualquiera de sus áreas: ejecutiva, legislativa o judicial. En este sentido puede afirmarse que el funcionario es el que realiza aquellas funciones o cometidos especiales (salud, seguridad, educación, justicia) que le son propios, mientras que el empleado público sólo contribuye a que esos fines, que le son propios al Estado, se lleven a cabo¹⁹.

Para Rodríguez Devesa a la palabra funcionario público debe otorgarse la más amplia acepción jurídico-penal, pues funcionarios son las autoridades y sus agentes en cuanto participan en el ejercicio de las funciones públicas. La contraposición de agentes y funcionarios es reiterativa porque dentro del campo de los funcionarios públicos cabe

¹⁹ *Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal*, de Gustavo Aboso y Sandro Abalades, publicado en L. L. 1996-B-650/7. En este artículo los autores reseñan muy claramente las diferentes opiniones doctrinarias acerca del concepto, en el campo del Derecho Administrativo y del Derecho Penal. A modo de síntesis, se puede decir que dos son las posiciones seguidas en el campo represivo: la de Ramos Mejía, quien afirma, según citan los autores, que "el término de 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", postura a la que adhiere Soler y está emparentada en la faz administrativa con la opinión de Gordillo, quien no encuentra diferencia alguna entre ambas terminologías y sostiene que la distinción carece de base real, siendo su único sustento la mayor jerarquía presupuestaria entre uno y otro. La corriente opuesta está representada por Nuñez para quien "la idea de lo que es un funcionario público o un empleado público es la participación o ejercicio de funciones públicas [...]" y agrega que excepcionalmente el Código Penal repudia como funcionario público a una persona a la cual no le ha delegado el ejercicio de la función pública por elección popular o nombramiento de la autoridad competente. Hace esto en el artículo 239, párrafo segundo...." (cuando equipara al particular que detiene al delincuente in fraganti delito). En la faz administrativa este pensamiento es cercano al de Bielsa y Marienhoff. Este último con certeza niega la sinonimia de ambos vocablos y diferencia los roles por jerarquía, pese a que reconoce que no es posible ni recomendable señalar una línea fija de separación entre uno y otro pues ello depende del caso concreto y del organismo administrativo de que se trate.

distinguir a los que tienen mando o ejercen jurisdicción propia de quienes no la tienen, los cuales genéricamente se pueden calificar, si así se prefiriere, de agentes, sin que por eso dejen de estar también comprendidos en la genérica denominación de funcionarios²⁰.

De acuerdo con la opinión de Laje Anaya²¹, no se requiere que el agente tenga la calidad de ejecutor, es suficiente que esté afectado, conforme a las circunstancias, para ese caso, y alcanza con que, en concreto, se halle encomendado de funciones ejecutivas, lo cual parece lógico, pues si la ley ha incluido al "asistente", que puede ser un simple particular, no sería acertado requerir en el primero "algo más" que su calidad.

En el *aspecto subjetivo* nos encontramos con una figura dolosa, que sólo admite el *dolo directo*, pues la consecuencia perseguida por el autor coincide de manera inmediata con el resultado típico²². Queda excluida toda posible imputación a título culposo.

Desde el *conocimiento*, el sujeto debe reconocer las circunstancias de hecho del tipo, es decir que se encuentra frente a la autoridad, y que la orden emitida cuya ejecución se pretende es legítima. Desde la *voluntad*, la decisión debe orientarse a no aceptar la orden, a impedir o entorpecer la ejecución del acto de autoridad que ya se conoce como propio del legítimo ejercicio del sujeto pasivo.

Nos dice Creus²³ que tiene que emplearse como medio el despliegue

²⁰ *Derecho Penal español. Parte especial*, 9ª ed., Madrid, 1983, p. 811. Para

fundar su postura cita a Jaso, para quien los funcionarios públicos, según la índole de su función, no pueden ser nada más que autoridades o agentes; a Ferrer, quien sostiene que dichos agentes son siempre funcionarios públicos, y a Viada, quien interpreta que en tesis general gozan del carácter de autoridades todas aquellas personas que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de autoridad competente tienen por encargo mantener el orden público y proteger la seguridad de las personas y propiedades.

Quien propone la eliminación de la diferenciación lisa y llanamente en nuestro país es Agustín Gordillo. Al respecto puede consultarse su *Tratado de Derecho Administrativo*, de editorial Macehi, Buenos Aires, 1994, t. 1.

²¹ En la ob. cit., p. 15.

²² DONNA, ob. cit., p. 74.

²³ *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed. act., 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1991, t. 2, p. 226.

de resistencia para lograrlo, y que si bien la fórmula no lo enuncia expresamente como un elemento subjetivo, la exigencia no puede ser distinta en ella.

En cuanto a la *consumación* del delito, el injusto se agota con el primer contacto de la intimidación o fuerza con la que se pretende resistir con el destinatario, aunque no se haya alcanzado a impedir o trabar el acto funcional. Por tal razón *no es admisible la tentativa*. Todos los actos que podrían plantearse como tales, o son meramente preparatorios o ya constituyen una ejecución que coloca al delito dentro de la consumación²⁴.

3. La legítima defensa o defensa necesaria

a) *Un necesario y mínimo repaso*

Maximiliano Rusconi²⁵ nos dice que hace poco más de treinta años Maurach afirmaba convenientemente que "la legítima defensa constituye el supuesto más claro y palmario de causa de justificación".

Casualmente Donna²⁶ inicia el abordaje de la cuestión citando exactamente la misma frase de Maurach. Sin embargo, y más allá de que, parafraseando a Rusconi, la legítima defensa se ha constituido en un verdadero paradigma justificante, bueno es detenernos a analizar cuál es el fundamento para considerar a la legítima defensa como causa de justificación, ya que a diferencia de otros Códigos, como el alemán, el nuestro no define cuál es la naturaleza jurídica del instituto.

Nelson Pessoa²⁷ sostiene que la respuesta a este interrogante debe buscarse en la propia estructura de nuestra ley.

Menciona que el artículo 34, inciso 6° del Código Penal, al regular los elementos o requisitos del acto defensivo, consagra como uno de ellos a la "agresión ilegítima". Frente a lo "ilegítimo", razón, es que procede lo "defensivo"; o, en otras palabras, lo "defensivo" es con lo

²⁴ CREUS, ob. cit., p. 227.

²⁵ La justificación en el Derecho Penal. Algunos problemas actuales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 13.

²⁶ Teoría del delito y de la pena, t. 2, Impulsión delictiva, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 137.

²⁷ Legítima defensa, Mave, Corrientes, 2001, ps. 32/3.

que se habrá de repeler a lo "ilegítimo". Necesariamente, aquello que se utiliza para contrarrestar lo "ilegítimo" debe ser algo "legítimo" y lo legítimo es, por lo tanto, lo que está autorizado por la ley, es decir aquello que está justificado.

El artículo 34, inciso 6° del Código Penal sostiene en su parte pertinente que no son punibles: "El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende..."

La legítima defensa es un *derecho*, y en doctrina se discute si es *natural* o reconocido por el *Estado*.

Se parte de la idea, para *fundamentar su existencia*, de que el Derecho no tiene por qué ceder ante lo ilícito²⁸, y que el agredido no está obligado a evitar la agresión mediante un medio distinto de defensa, como por ejemplo huyendo²⁹.

Giuseppe Maggioro sostiene que "la legítima defensa consiste en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el Estado no pueden proveer a su defensa. El orden jurídico ha de ser conservado a toda costa; por lo tanto, si fuera lesionada, y el Estado no pudiese reintegrarlo inmediatamente, este deber de reintegración le corresponde entonces al individuo que se defiende; no viola el derecho sino que coopera a su realización; ni obra ya como persona privada, ejerciendo una verdadera y propia función pública de la sociedad y del Estado, a los cuales por la misma ley eterna del orden, compete el derecho de castigar"³⁰.

²⁸ Günter Stratenwerth, en *Derecho Penal. Parte general*, I, *El hecho punible*, p. 139, sostiene que la idea básica, así formulada, se debe a Berner (*Lehrbuch des deutschen strafrecht*, 14ª ed., 1886, p. 102).

²⁹ Pueden aceptarse, como excepciones, ciertas situaciones en las que podría resultar exigible eludir dentro de lo posible la agresión, o solicitar la ayuda de terceros, especialmente cuando la acción proviene de incapaces de culpabilidad o de personas que actúan en error. Aunque ello es bastante discutido y hay jurisprudencia alemana, según menciona Stratenwerth en la obra citada, p. 144, que lo requiere siempre que sea posible, y en la medida en que ello no sea deshonroso o lesione los intereses del agredido.

³⁰ *Derecho Penal. Parte especial*, trad. de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1955, vol. I.

En cuanto a los presupuestos de admisibilidad del instituto, el texto del artículo 34, inciso 6° ya transcribió nos exige los siguientes:

a) *Agresión ilegítima (actual e inminente)*: Al decir de Donna³¹, es el eje por el cual pasa esta causa de justificación. Se entiende por agresión la amenaza proveniente de un ser humano, con respecto a un bien jurídico protegido³², a través de un comportamiento activo u omisivo, en este último caso, en la medida en que exista un deber de actuar. La defensa contra animales no está regulada como legítima defensa sino como estado de necesidad, que es otra de las causas de justificación. Puede ser intencional o provenir de una acción realizada sin la debida diligencia (culposa)³³.

Cualquier bien jurídico puede ser objeto de la agresión y es por lo tanto defendible. La agresión es *ilegítima* cuando es *antijurídica*. Se debe mantener tanto el ilícito de acción como de resultado³⁴ y no es necesaria la comprobación de que sea delito. Alcanza con que sea ilícita, injusta.

Actual e inminente (o continuada) están utilizados como equivalentes, y se refieren a que la agresión se esté desarrollando. Aunque, de todos modos, el agredido no debe esperar a ser atacado para defenderse, con lo cual *lo decisivo es el comienzo inmediato de la agresión*, que puede abarcar la última etapa de la preparación. Ello se desprende de la autorización que da la ley para *impedirla o repelerla*. Se *extiende* hasta tanto puedan volverse las cosas al estado inmediato anterior para el bien jurídico, es decir mientras el peligro no hubiera sido totalmente conjurado y hasta el último momento en que todavía no ha desaparecido la posibilidad de resultado. De tal modo, entonces, podrá excluirse con suficiente seguridad el riesgo. Únicamente la agresión antijurídica puede fundamentar una situación de defensa necesaria.

³¹ En *Teoría del delito y de la pena* cit., p. 139.

³² Stratenwerth aclara en la obra ya citada, p. 140, que no es necesario que el bien esté protegido penalmente y pone como ejemplo la protección de la esfera de intimidad frente a una cámara, con agresión al aparato, colocado en forma escondida. Aunque existe un sector de la doctrina, minoritario pero importante, que tiende a limitar el concepto de "agresión" a lo intencional, con lo cual se niegan a aceptar el derecho a la legítima defensa frente a las acciones culposas (entre ellos, por ej.,

Diego-Manuel Luzón Peña).

³⁴ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., p. 147.

Destaca Stratenwerth que no sólo deben tomarse en cuenta las intervenciones que recaen sobre bienes jurídicamente protegidos que corresponden a la vinculación social general, es decir a la necesidad vinculación del ámbito de señorío propio de toda sociedad humana, sino, por supuesto, también aquellas intervenciones que se apoyan en un derecho especial. Un deber de tolerar impuesto al titular del bien jurídico excluye siempre la defensa necesaria³⁵.

Antijurídico es para Mezger aquello que se dirige contra las normas objetivas de valoración del Derecho³⁶; aquello que el atacado no está obligado a consentir. Y agrega que no hay posibilidad de legítima defensa frente a acciones legítimas inherentes al cargo, que la víctima tiene la obligación de tolerar.

b) *Falta de provocación suficiente*: No toda provocación de la situación excluye la legítima defensa; la agresión debe estar relacionada causalmente con la provocación antecedente, lo cual no se verifica si existe entre una y otra una diferencia temporal prolongada. Por otro lado, debe tener cierta entidad, ser suficiente. Si el agredido provocó insuficientemente al agresor, ello no trae aparejada la pérdida del ejercicio de su derecho a la legítima defensa. El fundamento para que la provocación excluya la legítima defensa es que no existe una voluntad defensiva. Donna agrega que se daría un caso de *actio libera in causa*³⁷. En cuanto a la definición del término provocación, Pessoa lo describe desde lo negativo, al sostener que "provocación" es lo que no reviste la calidad de "agresión"³⁸. Como ambos conceptos son en cierta forma excluyentes entre sí en el marco del instituto de la legítima defensa (aquello que constituye agresión ilegítima ya no es provocación) y teniendo en cuenta que el concepto de agresión ya ha sido definido, no parece desacertado graficarnos sobre los alcances del término a través de esta vía negativa.

En cuanto a la entidad de la provocación, propone Pessoa que su determinación sea producto de la valoración cultural del juez, teniendo en cuenta la calidad de los sujetos protagonistas, sus niveles culturales,

³⁵ Ob. cit., ps. 141/2.

³⁶ *Derecho Penal...* cit., p. 169.

³⁷ *Teoría del delito y de la pena* cit., p. 153.

³⁸ Ob. cit., ps. 163 y ss.

el contexto de la acción, entre otros datos, y que todos ellos se relacionen con la agresión que se generó.

Parte de la doctrina, siguiendo a Soler, postula que el concepto se delimita en forma aislada, sin compararlo con la agresión que generó y asimilándolo al concepto "grave". Suficiente quiere decir, entonces, grave para este sector de la doctrina.

c) *Necesidad racional del medio empleado*: El primer presupuesto

del reconocimiento de una reacción defensiva es, en la opinión de Maurach, que la acción se base en una voluntad de defensa³⁹. Como en toda causa de justificación, en la legítima defensa debe existir un *elemento subjetivo*, que consiste en que el sujeto sepa de la agresión que está padeciendo, y que de ello se derive su intención de defenderse. La voluntad de defender, aclara el autor, es necesaria y suficiente, por cuanto la ley no exige una motivación ética. La defensa es *necesaria* si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su alcance para rechazar la agresión en la situación concreta. Solamente es justificada la defensa necesaria para repeler la agresión. Para ello será imprescindible determinar el contexto en el cual se desarrollan la agresión y la defensa, la fuerza y la peligrosidad del agresor, los medios de ataque empleados y las posibilidades al alcance del agredido para repelerlos. Si existen varias posibilidades de defensa, habrá que seleccionar aquella que lesione en menor medida o traiga aparejado un menor peligro para el agresor. Al margen de esta consideración deben quedar las conductas que generen inseguridad en cuanto al éxito de la defensa. Y si quien se defiende no tiene otros medios, el seleccionado será el necesario.

Una conducta es *racional* cuando es adecuada para impedir o repeler la agresión. Zaffaroni define la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera entre el mal que se evita y el que se causa⁴⁰. No debemos confundirnos con la proporción entre el daño que causaría la agresión y el causado por la defensa. La pretendida relación sólo rige para la agresión que se padece y la defensa que se ensaya.

³⁹ *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 448, en donde agrega que este elemento subjetivo de justificación goza de un reconocimiento general en la doctrina.

⁴⁰ *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 584.

Si bien Maurach señala que básicamente no se presupone una proporcionalidad en los bienes colisionantes, destaca que la jurisprudencia y la doctrina se esfuerzan por restringir los límites de la defensa necesaria a una medida socialmente aceptable, acudiendo especialmente al principio de proporcionalidad.

La ley no exige, dice Mezger, que se "contrapesen" el bien jurídico a proteger y el lesionado por la defensa, pero de todos modos quien se defiende debe elegir la forma de perjudicar menos a su adversario⁴¹. La idea de racionalidad conduce, al decir de Pessoa, a lo que en la doctrina penal suele llamarse ponderación de bienes, aunque debe quedar en claro que la ley no exige, a diferencia del estado de necesidad justificante, que el mal que se evita sea mayor que el causado. En este instituto se exige, enfatiza el autor, racionalidad, proporcionalidad, cierta correspondencia axiológica entre los males.

Esta nota, la de la racionalidad, nos conduce además, según el autor, al criterio, aunque no esté escrito en la ley, de la razonabilidad, en tanto que si bien es cierto que nadie tiene por qué soportar o ceder frente a lo ilícito, no es posible aceptar la defensa de sus bienes "a cualquier precio".

Lo correcto será tener en cuenta la efectiva afectación que cada bien sufre en concreto en el caso particular, y no acudir, al tiempo de ponderar los bienes en juego, a consideraciones abstractas.

4. El "ejercicio legítimo de las funciones"

a) Caracterización provisoria

a.1) El ejercicio de las funciones legítimo o ilegítimo.

Su relación con el concepto de agresión en los actos de los funcionarios del Estado

Recordemos que por agresión se entiende la amenaza proveniente de un ser humano, con respecto a un interés o bien jurídico protegido, a través de un comportamiento activo u omisivo, en este último caso, en la medida en que exista un deber de actuar. En muchos supuestos, la agresión para ser reputada como tal requerirá la existencia de aquellos

⁴¹ Ob. cit., p. 171.

elementos subjetivos que hagan al sentido total de la acción. En otros, la cuestión se resolverá a partir de un punto de vista objetivo, cuando por ejemplo el agresor obra con un error sobre la naturaleza de su acción.

Se ha dicho que el poder estatal ejercitado reglamentariamente no es agresión ilegítima. Sin embargo, ello no quita que, en ciertas ocasiones, el titular de la agresión pueda ser el propio Estado, sobre la base de actos realizados, por ejemplo, fuera de su competencia por el funcionario, o de diligencias practicadas como consecuencia de decisiones tomadas contra Derecho.

La cuestión pasa por determinar cuándo es que, precisamente, se menoscaba el orden jurídico frente a un acto llevado a cabo por un funcionario del Estado, y al mismo tiempo que intereses deben reputarse preponderantes en un momento histórico, cuando entran en colisión. De esta manera puede ser captado el tema que nos ocupa, desechando de antemano toda búsqueda de un criterio fijo en cuya virtud pueda establecerse en abstracto qué es ilegítimo y qué no lo es cuando quien actúa es el Estado a través de sus órganos. El análisis habrá que efectuarlo, naturalmente, en el instante en que la acción afecta los intereses de un tercero y en ese preciso contexto.

En definitiva, como el funcionario se encuentra amparado especialmente por un derecho o por un deber, se presumen legítimas las acciones que realiza por el valor funcional que representa la presunción de legitimidad de sus actos; pero ello admite, y aquí está el conflicto, demostración en contrario, dando en tal caso lugar a la ilegitimidad de su comportamiento y, en consecuencia, a la agresión por parte del Estado.

De acuerdo con la opinión de Roxin, el primer presupuesto de la ilegitimidad de la intervención es que el funcionario sea *competente material y territorialmente*. Para ello deberá actuar dentro del ámbito de las facultades a su cargo, respetando su jurisdicción, y habrá que tener en cuenta qué clase de acción es la efectuada. El respeto a los preceptos sobre *normas esenciales* es otro supuesto a tener en cuenta para el autor (por ejemplo, salvo excepciones, las órdenes de arresto deben dictarse por escrito), junto a los principios de *necesidad y proporcionalidad*. En suma, la conformidad a Derecho de la acción de ejecución

no depende predominantemente del Derecho material, sino que por regla general depende ya de la competencia objetiva y territorial del funcionario para intervenir, de las formalidades legales o de la regularidad del ejercicio de su criterio de apreciación⁴².

En la opinión de Maurach⁴³, para que la acción oficial encuentre justificación debe cumplir ciertas mínimas exigencias del respectivo ámbito jurídico.

En todo caso, sostiene, es preciso que se respete la *competencia material* (la policía, por ejemplo, no es competente para resolver cuestiones de Derecho Privado). Respecto de la *competencia territorial*, interpreta necesario distinguir entre actos oficiales imposterables (donde las reglas de competencia no tienen importancia) y los que no lo son (donde, por el contrario, su inobservancia puede afectar la licitud del acto). En orden a la *forma*, expresa que sólo son esenciales aquellas indispensables para el respeto de los derechos del afectado (por ejemplo, la necesidad de que la orden de arresto se dé a conocer por escrito). El principio de *proporcionalidad* constituye un presupuesto general para la licitud del cumplimiento de la coacción estatal y la *discrecionalidad debida*, a la que presenta como un elemento subjetivo de justificación, es decisiva, puesto que la actuación no puede representar un abuso⁴⁴.

Como se puede apreciar, más allá de la denominación y de algunos pequeños matices diferenciadores, ambos autores coinciden en las exigencias que deben verificarse para sostener la licitud del acto estatal coactivo, es decir su juridicidad.

⁴² Ob. cit., ps. 736/7.

⁴³ Ob. cit., ps. 503/4.

⁴⁴ De acuerdo a la visión de Mezger (en la obra ya citada), tiene importancia fundamental saber si la legitimidad y la antijuridicidad de la acción deben ser delimitadas exclusivamente en estos casos, con arreglo a características objetivas, o si en los mismos se debe tomar en cuenta también la situación subjetiva del autor en el sentido de que se pueda justificar una acción realizada con criterio personal acorde con el deber que le incumbe. Resuelve la cuestión argumentando que en principio decide la delimitación objetiva, puesto que son las normas legales las que dicen cómo debe comportarse el autor y por consiguiente qué es lo justo. No obstante ello, y como se trata con frecuencia de una apreciación que depende de una situación concreta, acepta que se recurra a la vez también a la situación del autor subjetivamente acorde con el deber.

Por su parte, Donna⁴⁵ propone, para que un funcionario actúe jurídicamente, que su acción contenga, como mínimo, los siguientes requisitos: que actúe dentro de su competencia e imparcialidad y que examine los títulos que lo habilitan a actuar, para que ello le permita comprobar que están de acuerdo a las normas procesales y de fondo. En contraposición y al tiempo de preguntarse cuándo un acto es ilegítimo, Maggiorè⁴⁶ sostiene que un acto arbitrario es aquel que contrario a los deberes del cargo, que puede acaecer por violación a la ley (ilegitimidad propiamente dicha) o por un ejercicio abusivo de las funciones discrecionales, que a su juicio no pueden ser materia de inspección de legitimidad. Por ello, argumenta que el acto abusivo no siempre coincide con el acto ilegítimo.

Siguiendo las pautas que fija Soler⁴⁷, desde un punto de vista objetivo, un acto es ilícito cuando el agente se extralimita de la esfera de su competencia, tanto material como jurisdiccional. Las disposiciones procesales y administrativas regulan la clase de funciones de cada órgano y su alcance territorial.

Rodríguez Devesa interpreta que no está en el ejercicio de sus funciones el funcionario que carece de competencia para ejecutar el acto de que se trate.

Propone una distinción entre la ausencia y el abuso de competencia; cuando aquella falta por completo, el funcionario debe ser considerado un particular porque no hay posibilidad alguna de identificarlo como órgano del Estado.

Si hay abuso, el funcionario sigue actuando como tal, siempre y cuando sirva a la función siquiera erróneamente.

Grozard piensa que no obstante que la autoridad y sus agentes tienen señalado el círculo respectivo de sus atribuciones, no siempre es tarea sencilla encontrar el límite entre lo lícito y lo ilícito.

Cuando aquéllos se extralimitan y conculcan derechos reconocidos a los ciudadanos en forma clara y manifiesta, la cuestión se simplifica.

⁴⁵ En la obra ya citada.

⁴⁶ *Derecho Penal. Parte especial* cit., vol. III, p. 273.

⁴⁷ Ob. cit., p. 101.

En el momento en que consta y se acredita el abuso, la presunción en favor de la autoridad cede. La ley, que prefiere y establece sus atribuciones, no le ampara en todo aquello que no ha previsto.

a.2) Los errores del funcionario

Los errores sobre la concurrencia de los requisitos fácticos de una facultad de intervención no cambian para nada, de acuerdo con la opinión de Roxin, la conformidad a Derecho de la actividad estatal si el funcionario ha llegado a efectuar un juicio equivocado pese a un examen conforme a deber de la situación, mientras que los errores sobre los límites jurídicos de la facultad de intervención harán anti-jurídico el comportamiento⁴⁸.

Donna comparte la opinión de que el error del funcionario sobre los alcances de la autorización lleva a que su acción sea antijurídica. Maurach vincula la decisión del problema al respeto de la discrecionalidad debida, pues acepta que, incluso, ella puede subsanar el error. Explica que lo importante no es que el funcionario se incline por aquellas medidas que, según una consideración *ex post*, se presenten correctas; si lo es, en cambio, si por una debida consideración *ex ante* la medida pareció correcta. Así es posible, dice el autor, que decisiones fáciles erróneas (detención provisoria del sospechoso que finalmente no es el autor) se transformen en actos ilícitos.

Enjuicia de la misma manera las representaciones erradas en materia jurídica sobre la clase y extensión del acto ejecutado, donde será prácticamente imposible invocar un examen concienzudo por parte del funcionario, manteniéndose mayoritariamente la antijuridicidad de la acción.

Por su parte, destaca Zaffaroni que no pueden confundirse los casos de error en cuanto al deber con los deberes de obrar frente a indicios, en que la equivocación es irrelevante porque su margen está abarcado por el deber funcional. Si se realiza una apreciación razonable previo

⁴⁸ Ob. cit., ps. 736/7, en donde además aclara que inclusive en algunas ocasiones se acepta que sólo la culpa grave del funcionario excluya la conformidad a Derecho de su acción, y que tampoco debe dar lugar a la antijuridicidad en todos los casos la ejecución de decisiones basadas en concepciones jurídicas erróneas.

a detener a una persona (causa probable de delito, indicio vehementemente de culpabilidad), aunque ese juicio en el futuro se evidencie equivocado, el comportamiento mantendrá su condición de lícito. El funcionario tiene el deber de detener por indicios de culpabilidad y no a culpables. Fontán Balestra propone distinguir entre lo que da en llamar "acción injusta" y lo que llama "acción antijurídica". Sostiene⁴⁹ que no ha de identificarse acción ilegítima con acción injusta. Un error judicial con- tiene una decisión injusta; sin embargo no podría alegarse legitimidad en favor de la acción que tiende a desacatarlo. Por ello destaca que nuestro Código emplea, con fortuna, el adjetivo ilegítima, preferible a injusta o antijurídica, que utilizan otros textos legales. Un error judicial, por ejemplo, para Fontán Balestra, sería una mera acción injusta y por ello no daría cabida a la legitimidad de defensa.

Malamud Goti⁵⁰ sostiene enfáticamente que esta construcción no puede ser aceptada en modo alguno. Y agrega que aun asumiendo que ciertos errores productos de la rutina pueden ser subsumidos dentro del concepto de riesgo permitido o de la adecuación social, aparte de ello, dichos errores serán en todos los casos formal y materialmente antijurídicos. Es decir, aceptarlos no modifica su esencia. Una decisión tomada *contra legem* no puede ser simultáneamente reputada conforme a Derecho. Las acciones son lícitas o ilícitas sin que pueda darse cabida a una categoría intermedia, como propone Fontán Balestra. De modo que estas decisiones tomadas contra la ley son simple y llanamente ilegítimas y así deben ser entendidas.

a.3) La significación del llamado

"ejercicio legítimo de las funciones"

No hay consenso entre la doctrina en cuanto a la significación del llamado "ejercicio legítimo de las funciones".

Para un determinado grupo de autores, debido a su innegable cons- titución valorativa, representan *características del tipo*.

De acuerdo con la opinión de Carlos Tozzini⁵¹, precisamente se trata

⁴⁹ En las ps. 136/7 del t. II, *Parte general*, de su *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

⁵⁰ *Legítima defensa y estado de necesidad* cit.

⁵¹ Conforme lo consigna al escribir su artículo ya citado.

de un *elemento normativo del tipo*⁵². Dice el autor que el artículo 238 (debe leerse el actual 239) al describir el actuar del funcionario exige que dicho comportamiento sea "propio del legítimo ejercicio de sus funciones". De aquí se deduce, dice el ex camarista, que el Estado no inviste de autoridad a sus funcionarios para el abuso o la arbitrariedad. Por consecuencia, la autoridad cesa para el autor donde comienza la extralimitación funcional. En otras palabras, sostiene que por imperio mismo de la ley, y en el caso de excederse en el ejercicio de sus atribuciones, el funcionario quedará desnudado de su calificación.

Mezger coincide en que, a juzgar por las palabras empleadas por el texto legal español (que no se diferencia del argentino en cuanto al vocablo que viene siendo analizado), se trata de características del tipo. Contrariamente a lo consignado, la licitud del acto del funcionario no puede ser, en opinión de Cerezo Mir, un elemento normativo (implicito) del tipo del atentado propio (así se llama en España a la figura legal). Ello es consecuencia de la existencia en el Derecho de actos estatales antijurídicos pero obligatorios, de lo que se infiere que no cabe decir, únicamente cuando la conducta del funcionario sea lícita, que se halla éste en el ejercicio de sus funciones, o que el funcionario pierde su condición al realizar un acto antijurídico.

Para Zaffaroni⁵³ los elementos *normativos* aparecen cuando los tipos acuden a valoraciones jurídicas o éticas. Normalmente el tipo se vale de descripciones para individualizar pragmas, pero en ocasiones lo hace mediante estas remisiones a elementos de carácter valorativo. Hay elementos normativos bien precisos y otros problemáticos. Existen algunos que son empleados para reducir la prohibición que surgiría de los elementos puramente descriptivos del tipo⁵⁴. A su vez se distinguen estos elementos normativamente propiamente normativos de los que llaman

⁵² De acuerdo con la opinión de Donna (*Teoría del delito y de la pena* cit., p. 82), en los elementos normativos se debe hacer un juicio de valor, remitiéndose a normas y patrones valorativos extraños al tipo penal que se encuentran en otros ordenamientos del orden jurídico como la ética social vigente en la sociedad o los usos y costumbres. ⁵³ Ob. cit., ps. 438/9. ⁵⁴ Inclusive, destaca el autor que frente a lo que califica de una confusa distinción de estos elementos, no falta quien niegue la posibilidad de distinguirlas, pues a partir de la afirmación de que todos los conceptos contenidos en la ley penal requieren una valoración para su comprensión, entiende que todos ellos serían normativos.

elementos de la valoración global que son los que señalan expresiones tales como: indebidamente, ilícitamente. Es casi tradicional la afirmación de que los elementos normativos deben ser distinguidos de las referencias a la antijuridicidad que eventualmente formula la ley mencionando expresiones tales como "ilícitamente", "indebidamente", "ilegalmente". Afirmar que cuando sirven para individualizar conductas o pragmas, se trata de elementos normativos del tipo; cuando implican un desvalor definitivo de las acciones son referencias a la antijuridicidad.

Por su parte, para la *jurisprudencia constante del Tribunal del Reich*⁵⁵, en atención a la mayor protección de los empleados públicos, la legitimidad del ejercicio de las funciones no está considerada como una característica del tipo, sino como una *condición objetiva de punibilidad*⁵⁶.

Para Donna, la legitimidad del ejercicio de las funciones no es ni una circunstancia del hecho ni una condición objetiva de punibilidad, sino un *elemento del deber jurídico del autor*. Afirmando en el pensamiento de Welzel señala el profesor argentino 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.

Lo mismo vale para otras denominaciones lingüísticas como "sin estar autorizado para ello", "sin autorización". Estas no son características del tipo, sino reglas de antijuridicidad. Tampoco son circunstancias del hecho las características especiales de la antijuridicidad, esto es "válidas jurídicamente", "conforme a derecho", "competente", "no autorizado", etcétera.

Welzel⁵⁷ parte de la base de que la antinormatividad es la contra-

⁵⁵ Según lo hacen saber Donna y Mezger en las obras ya citadas.
⁵⁶ Definidas por Maurach en la obra citada, p. 372, como "aqueños elementos del delito situados fuera del tipo cuya presencia constituye un presupuesto para que el actuar típico y antijurídico conlleve consecuencias penales, y que a pesar de ser componentes globales del acontecer y de la situación en los que la acción incide, no son, sin embargo, propiamente parte de esa acción".
⁵⁷ *Derecho Penal alemán*, 1ª ed., 2ª ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

dicción entre la realización típica y la norma prohibitiva individual (abstracta). Ello se diferencia de la antijuridicidad que es, en cambio, la violación al orden jurídico en su conjunto, mediante la realización del tipo. A las normas prohibitivas, dice, se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto y que permitan, por eso, la realización típica. Tales disposiciones permisivas se denominan "causales de justificación". Cuando operan la conducta no es antijurídica, pero no excluyen la tipicidad⁵⁸.

Es totalmente indiferente en qué parte de la ley esté regulada la causal de justificación. Aun cuando la legítima defensa estuviera regulada en el tipo (el que matare a otro, salvo que opere en legítima defensa), no se anula la materia de la prohibición, sino la antijuridicidad de la realización de ella.

El "legítimo ejercicio de las funciones" no constituiría entonces para el autor una circunstancia del hecho sino una causal de justificación (a pesar de estar establecida en la ley penal misma). Ello se debe a que el contenido material del injusto no consiste en la mera resistencia a la autoridad sino en la medida en que el funcionario ejerza legítimamente sus funciones.

El permiso de la autoridad que se le confiere a los funcionarios públicos para acometer justificadamente contra los bienes jurídicos de los particulares, dice el profesor alemán, no elimina la puesta en peligro a los bienes jurídicos de los particulares, sino que suprime por determinadas razones la antijuridicidad de la puesta en peligro. En estos casos, la conducta "normal", es decir conforme a la norma, es el respeto

⁵⁸ Según la teoría fundada por Welzel, el tipo describe por regla general todos los elementos fundamentadores del injusto, de tal modo que en el marco de la antijuridicidad sólo resta por examinar la ausencia de causas de exclusión del injusto. Se trata de tipos "cerrados" que constituyen completamente el "tipo clase" de injusto, y que coexisten, en el universo de normas que componen el Derecho Penal, con los que en contraposición llama "los tipos abiertos", en los que no se describe exhaustivamente y en todos los aspectos el objeto de la prohibición. Son valorativamente neutros. En ellos ocurre que el tipo no es aun un indicio del injusto; por el contrario, el injusto sólo puede comprobarse desde la perspectiva de la antijuridicidad, mediante la verificación positiva de "elementos especiales de la antijuridicidad" o elementos del deber jurídico.

por la libre autodeterminación ajena, la cual sólo puede ser afectada en presencia de una norma permisiva especial.

Una acción es antijurídica si realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva, a menos que proceda aplicar una norma permisiva, y así explica su razonamiento, concluyendo que se trata de un presupuesto objetivo de la antijuridicidad de la acción del autor, independiente del dolo, o de una característica especial de la antijuridicidad.

No son meras condiciones objetivas de punibilidad, como lo supone especialmente la praxis, puesto que su ausencia no excluye solamente la punibilidad, sino también la antijuridicidad de la acción del autor.

III. El diseño de la prueba

1. La opinión actual de la doctrina

Entre los doctrinarios de nuestro país, Tozzini sostiene que "el funcionario público debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones legítimas. Por consecuencia, contra el acto funcional abusivo e ilegítimo cabría la legítima defensa".⁵⁹

No obstante ello, el autor deja en claro su pensamiento en cuanto a 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".⁶⁰

Enfatiza su opinión al destacar que el tipo penal "exige que dicho actuar (el del funcionario) sea propio del ejercicio legítimo de sus funciones. De ahí se deduce que el Estado no inviste de autoridad a sus funcionarios para el abuso o la arbitrariedad. Por 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, desnudo de su calificación

⁵⁹ Art. cit., p. 61.

⁶⁰ Ps. 61/2 del mismo texto.

por el uso ilegítimo de sus funciones, e imposibilitado, por lo tanto, para poder ser sujeto pasivo del delito"⁶¹⁻⁶².

En la misma dirección se encamina Creus, para quien "la conducta que importa una resistencia contra un acto que no reúne esas características, *no puede ser típica*, aunque el texto vigente no contenga la exigencia de manera expresa, dado el bien jurídico protegido"⁶³.

Fontán Balestra cita el artículo de Tozzini mencionado precedentemente, y asume como claro que "la resistencia no se configura si el funcionario no actúa dentro del marco legítimo de sus funciones. Y la razón lógica es *la ausencia de la tipicidad* del acto por faltar un elemento del tipo"⁶⁴.

Núñez fija su posición en muy pocas líneas: "los motivos de la orden no son discutibles ante el funcionario ejecutor, sino ante la autoridad que la ha emitido, a menos que la improcedencia de aquellaarezca evidente, pues el particular tiene *derecho a defenderse* contra las agresiones de la autoridad"⁶⁵.

Soler es bastante más extenso al abordar el tema. Podemos sintetizar su pensamiento citando textualmente un pasaje de su obra: "...para que sea impune la resistencia se precisa o bien que la orden sea realmente ilícita y tal actitud sea patente también para el destinatario, o bien que éste la crea positivamente indebida y causante de un agravio que no está obligado a soportar. Si el resistente duda, obra a su riesgo, en lo cual este delito no diverge mucho de la regla, pues en general el que en la duda obra, está en dolo. Si la orden era ilícita, *no hay delito*; pero si no lo era, el renitente responde"⁶⁶.

⁶¹ Se trata de otra cita de su artículo ya mencionado, p. 62.

⁶² Su opinión coincide con la de Rodríguez Devesa, para quien cuando el funcionario se sirve de sus atribuciones para sus fines particulares, encubriendo con una apariencia de legalidad un acto que no se explica por la función que le está asignada, no puede continuar "disfrutando" de la consideración y protección que como tal le brinda la ley. El abuso le hace perder su calidad convirtiéndolo en un "simple particular" a los efectos penales, pues el Derecho Penal protege al órgano, no a los individuos que lo personifican, a las personas en cuanto encarnan a un órgano del Estado (*Derecho Penal español. Parte especial* cit., ps. 565/6).

⁶³ Ob. cit., p. 227.

⁶⁴ Ob. cit., p. 163.

⁶⁵ Ob. cit., p. 28.

⁶⁶ Ob. cit., ps. 104/5.

Según Laje Anaya, "el Código Penal no limita el ejercicio del *de-recho de defensa*; al contrario, lo autoriza aun frente a la autoridad: cuando la fuerza sea empleada contra un funcionario público sea para impedir o trabar la ejecución de un acto que no es propio del legítimo ejercicio de sus funciones. La ilegitimidad del acto transforma al hecho en una agresión ilegítima a la cual nadie está obligado a soportar".⁶⁷

Para Malamud Goti⁶⁸ el principio general que puede extraerse debe formularse así: salvo la existencia de un permiso especial, debe estarse

por el derecho de cada particular de mantenerse en la situación lícita en la que se hallaba antes de la injerencia del tercero. Luego sostiene que no cabe mayor duda de que sólo se acordará *legítima defensa* contra actos estatales cuando la ilegitimidad sea grosera, porque ello hace al interés común de contar con un poder regulador que no sea cuestionado a través de cada acto.

Zaffaroni sostiene que es viable la justificación por parte del ciudadano cuando la orden o su cumplimiento carecen de los presupuestos necesarios del deber jurídico, pues estas hipótesis implicarían siempre un injusto, que el habitante puede resistir haciendo valer una *legítima defensa* del derecho afectado.⁶⁹

Para Nelson Pessoa⁷⁰ lo difícil es delimitar el concepto de agresión en la actividad de los funcionarios estatales, pero aun así sostiene que si el acto ilegal es llevado a cabo por el funcionario por su propia decisión, en principio se incrementa la *necesidad de defensa*, lo mismo que si quien cumple una orden tiene poder de revisión, puesto que éste opera como un control de legalidad de la actuación. Para finalizar con la cita de las opiniones de los doctores de nuestro país, bueno es evocar a Donna⁷¹, quien siguiendo a Luzón Peña afirma que si la acción del funcionario contradice el Derecho totalmente y no se basa en absoluto en el ejercicio de las atribuciones o facultades de la autoridad, cabrá *legítima defensa* contra ella.

⁶⁷ Ob. cit., p. 15.

⁶⁸ *Legítima defensa y estado de necesidad* cit.

⁶⁹ Ob. cit., p. 608. Su teoría será expuesta en extenso seguidamente.

⁷⁰ *Legítima defensa* cit., p. 79.

⁷¹ En la obra ya citada, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III. También su postura será desarrollada en extenso seguidamente.

Y aunque el órgano de la autoridad ejerza sus funciones, si lo hace en forma arbitraria, sin atender los preceptos legales o con abuso de poder, si obra contrario a 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, la defensa es posible.

a) *Para Zaffaroni*⁷² "no se trata de un permiso"

No obstante aquellos pasajes de su pensamiento que ya fueran adelantados, y asumiendo el riesgo de ser reiterativo, puede decirse que para el pensador argentino, frente a todo derecho constitucionalizado, existe un deber jurídico del funcionario de respetarlo y hacerlo respetar. Tratándose de un deber para el funcionario, y no de una mera potestad, resulta errónea en su opinión la caracterización de la coerción oficial como ejercicio de un derecho del funcionario. La autorización oficial no es para Zaffaroni causa especial de justificación por concesión de un permiso, pues difícilmente pueda aceptarse que la administración cuente con un privilegio para cancelar un injusto penal: una autorización oficial no puede volver lo injusto en lícito. Por ello, reflexiona que es irrelevante que la autorización oficial se haya obtenido mediante engaño porque ni la autorización ni el acto viciado pueden permitir lo injusto.

Es posible, incluso, que el propio Estado sea quien se halle en necesidad, pero tampoco opera aquí una justificación (cuando es necesario demoler un edificio que amenaza ruina, el daño no se justifica por la autorización para demoler, sino que en esa emergencia la demolición es deber para los funcionarios y por lo tanto una causa de atipicidad conglobante)⁷³.

⁷² *Derecho Penal. Parte general* cit., ps. 609/14.

⁷³ Para Zaffaroni, mediante lo que denomina la función sistemática del tipo objetivo se ponen en ejercicio los elementos necesarios para cumplir la demanda de comprobación de la mutación física que opera en el mundo exterior por efecto de una acción, de los elementos particulares que exigen algunos tipos y del nexo de causalidad entre la mutación física y la acción. Esta función sistemática del tipo verifica solo la presencia de un pragma típico. La antinormatividad de este pragma se establece en forma definitiva cuando se procede, a través de una segunda verificación, la de la tipicidad conglobante, a afirmar que ese pragma es realmente conflictivo, porque importa una lesión de cierta relevancia para el bien jurídico, porque el alcance de la

Cuando la autoridad estatal debe ejercer coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas (privaciones de la libertad, allanamientos, secuestros), su intervención no está justificada por permisos, sino que es atípica porque siempre que la inferencia sea conforme a los requerimientos objetivos de la ley, se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación (el juez que ordena una detención o el funcionario que la produce en flagrancia tiene el deber de hacerlo, sin que la ley le acuerde la posibilidad de hacer lo contrario).

Desde la perspectiva del funcionario, el cumplimiento de un deber jurídico cancela la tipicidad objetiva. Por ende, quien sufre la acción de un funcionario no puede resistirse ni defenderse legítimamente.

Sólo puede justificarse la resistencia del habitante cuando la conducta del funcionario sea contraria a su deber, porque actuando ilícitamente incurriría en una agresión ilegítima habilitante de la defensa del agredido.

A su modo de ver las cosas, es viable la justificación por parte del ciudadano cuando la orden o su cumplimiento carecen de los presupuestos necesarios constitutivos del deber jurídico, pues estas hipótesis implicarían siempre un injusto, que el habitante puede resistir haciendo valer una defensa legítima del derecho afectado. Es decir, cuando el funcionario actúa dolosamente, el particular puede defender cualquier derecho que se le quiera afectar. Pero en los casos de error se ha pretendido fijar un límite a la posibilidad de defensa, apelando a teorías que califican de cierto tinte autoritario provenientes del Derecho Administrativo, donde se ha sostenido que sólo los actos con vicios graves y manifiestos convierten en antijurídica la acción del funcionario, en tanto que los restantes deben ser tolerados por el ciudadano⁷⁴.

En sentido análogo se sostuvo que rige para estos supuestos una pretendida antijuridicidad específicamente penal, según la cual en determinadas circunstancias, el funcionario en el ejercicio del cargo ac-

norma no está limitado por otras de igual o superior jerarquía y porque puede serle imputado objetivamente al agente como propio de éste. La atipicidad objetiva de la acción sólo se afirma cuando se hayan agotado ambas funciones del tipo objetivo (la sistemática y la conglobante).

⁷⁴ Esta teoría se la atribuye a W. Meyer, en *NJW*, 1973, p. 1074.

tuará conforme a Derecho aunque su conducta sea antijurídica y anu-
lable para el Derecho Público, en particular cuando se refiera a errores
sobre los requisitos fácticos del deber de intervención mediando un
examen cuidadoso.

No obstante, ese "privilegio a errar"⁷⁵ carece de fundamento, pues
no hay razón alguna para el autor que explique por qué el error convierte
en lícito un ilícito y, por ende, por qué el habitante debe tolerar el
error del funcionario.

Se sostiene que sería condición previa que el particular advierta al
funcionario acerca de su error⁷⁶, lo que sobreabunda, pues no es más
que un requisito general de la legítima defensa: si para evitar la agresión
basta con advertir el error, es porque falta el requisito de la necesidad
de defensa.

Da por supuesto que no pueden confundirse los casos de error en
cuanto al deber con los deberes de obrar frente a indicios, en que el
error es irrelevante porque su margen está abarcado por el deber fun-
cional.

El funcionario que realiza una apreciación sería para detener a una
persona (causa probable de delito, indicio vehementemente de culpabilidad),
aunque ese juicio en el futuro se muestre equivocado, no incurre en
un error que habilite la legítima defensa, porque el funcionario tiene
el deber de detener por indicios de culpabilidad y no de detener a
culpables, lo que sólo le habilitaría a detener a condenados.

Cuando es claro que el funcionario actúa ilícitamente, no hay más
problemas que los que plantea la legítima defensa en general. No obstante
existen límites controvertidos respecto de ciertos deberes de inferencia,
cuya solución depende de la amplitud que se le reconozca a derechos
fundamentales como la integridad física, la libertad ambulatoria, la inti-
midad, la reserva. Por ello, dice que es preferible tratar estos supuestos
como ejercicio del respectivo derecho, abarcando casos en que la agresión
illegítima proviene de funcionarios y los derechos se ejercen a costa de la
seguridad e integridad física de la autoridad o de sus bienes, como
también otros supuestos que deben resolverse exclusivamente en consi-

⁷⁵ Expresión de Jellinek, citado por Jeschek-Weigend, p. 392, y por Roxin, en
Derecho Penal. Parte general cit., p. 739.

⁷⁶ Esto es lo que propone Roxin en *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, p. 741.

deración a la amplitud que se le reconozca al derecho, porque no comprenden ninguna actuación oficial contraria al deber.

Esta enunciaci3n demuestra que su análisis particularizado corresponde en su especificidad a cada uno de los respectivos ámbitos del saber jurídico al que incumbe su tratamiento (Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo, etc.) y que la pretensi3n de resolverlos en sede penal importaría un avance indebido sobre otros ámbitos.

De allí que, si bien su referencia se impone por su interés demarcatorio con la problemática de la justificaci3n, no agota en absoluto toda su complejidad ni podría hacerlo sin extender indebidamente el horizonte proyectivo del saber jurídico penal.

En su opini3n, *la libertad ambulatoria* sólo puede ser restringida

en los casos en que proceda la coacci3n directa administrativa o frente

a una condena penal privativa de la libertad (art. 18, Const. Nac.).

Cuando el derecho a la libertad ambulatoria se cancela fuera de estos casos, el acto del funcionario debe reputarse como agresión ilegítima que justifica una salvaguarda de ese derecho en los límites de la defensa

legítima, que puede así justificar conductas típicas de evasi3n, resistencia, lesiones. El derecho a la libertad ambulatoria no puede colisionar, para Zaffaroni, con el deber que impone al funcionario policial

la obligaci3n de detener (sin mandamiento judicial) a un sospechoso para evitar la comisi3n o consumaci3n de un delito reprimido con

pena privativa de la libertad, pues sólo pueden darse dos variables: o

bien no existe el deber, y en consecuencia se verifica una agresión

ilegítima de parte del funcionario, o existe un deber del funcionario

y por tanto la defensa del ciudadano no está justificada o sólo lo podría

estar en los límites de un estado de necesidad. Un funcionario no

puede detener con fines de identificaci3n personal cuando no hay razones serias para sospechar la comisi3n de un delito (ley 23.950); por

ende, la privaci3n del derecho a la libertad ambulatoria con pretexto

de mera identificaci3n constituye una agresión ilegítima, pues de lo

contrario ello significaría la supresi3n de la orden judicial requerida

por la Constituci3n Nacional (art. 18).

Mientras la privaci3n de la libertad no se justifique por la coacci3n

directa o por una sentencia condenatoria, la privaci3n de ese derecho

habilita la posibilidad de su legítima defensa.

La intimidación y la integridad física también pueden ser agredidas ilegítimamente por parte de funcionarios que procedan a la requisa personal sin mandamiento o conforme a mandamientos que carecen de razones para proceder a la detención, y por ende, también para requisar las pertenencias.

Sin embargo, es deber del agente policial requisar sin mandamiento a un sospechoso de la comisión de delito cuando no se disponga de tiempo para pedirle y sea necesario para proteger la integridad física de terceros o del propio funcionario que realiza la detención, o cuando existan razones serias para presumir la portación de armas o la desaparición de pruebas existentes entre sus pertenencias. Fuera de estos supuestos de urgencia, viola su deber el funcionario que ordena una inspección corporal. La intimidación se viola, por ejemplo, cuando se allana sin orden. En ambos casos se aplican, según correspondan, las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad.

El derecho a la integridad física se afecta cuando el empleo de fuerza o violencia contra el sospechoso de la comisión de un delito o contra la persona cuya conducta es necesario interrumpir supere los límites de la racionalidad en el ejercicio del deber de coacción directa. El funcionario actuará violando su deber, y, por ende, se legítimará la defensa contra él cuando aplique fuerza innecesaria, lo arrastre de los cabellos o lo golpee cuando ya no pueda ofrecer resistencia, o lo haga en la cabeza cuando pueda golpearlo en otra parte no vital. Sin duda que configura una agresión ilegítima el uso indebido de un arma reglamentaria, por su mayor entidad lesiva. Más allá de cualquier disposición reglamentaria, es una agresión ilegítima el uso de un arma con poder letal sólo para detener a quien se fuga sin ejercer violencia o habiendo cesado en ella.

b) *Donna, el ejercicio legítimo de las funciones y el derecho de resistencia*

Para que una orden sea lícita, enseña Donna, el funcionario debe haber actuado dentro de la esfera de su competencia, desde el punto de vista material y jurisdiccional.

Planteadas de tal modo las cosas, el problema para el profesor

argentino está en determinar si el particular que resiste una orden ilegítima entra en la justificante del artículo 34, inciso 6° del Código Penal. Entonces, pone en claro que para que un funcionario actúe jurídicamente tiene que hacerlo dentro de su competencia e imparcialidad y previamente debe examinar los títulos que lo habilitan a actuar (como ser la orden de embargo de una cosa), para que compruebe que ellos están de acuerdo a las normas procesales y de fondo.

En este sentido Donna exige al funcionario un *deber de examen objetivo*. Su acción será antijurídica, por lo tanto, si ese deber de examen no se realizó y la orden era objetivamente antijurídica.

El error del funcionario sobre la autorización jurídica lleva a que su acción también sea antijurídica y la resistencia posible, según lo entiende el autor.

En otro sentido, destaca que la orden que pasa de mano en mano no se legítima por ese motivo, sigue siendo ilegítima y, por ende, el particular puede rechazarla.

Siguiendo a Luzón Peña, afirma 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.

Se cuestiona si son agresiones antijurídicas las actuaciones de los funcionarios concretamente cuando actúan con vicios de competencia, de forma materialmente contraria a Derecho, y recuerda para responder sobre el punto que Cerezo Mir ha sostenido que si el acto antijurídico es obligatorio, en ese caso no habrá posibilidad de legítima defensa. Pero como ello deja sin resolver cuando el acto es obligatorio, acude junto al autor español al Derecho Administrativo y sintetiza la respuesta de esta forma: en esta rama se dividen los actos nulos, anulables o irregulares. Mientras la nulidad tiene como consecuencia que

no produce ningún efecto jurídico, el acto anulable es válido hasta tanto se declare su nulidad, y en el irregular el acto conserva su valor. Pues bien, contra los actos anulables e irregulares no cabe la legítima defensa, ya que son obligatorios, y contra el acto nulo sí, porque no lo es. En otro aspecto, el del contenido del saber por parte del autor, respecto del funcionario estatal, es de aplicación para este autor argentino el "conocimiento paralelo del lego". Es necesario que el agente se hubiera formado, según el grado de su ilustración y de su conocimiento en la materia, una representación suficiente acerca del sentido del concepto en la vida social. Debe tener conocimiento de la situación típica, con lo que el aspecto cognoscitivo debe abarcar el reconocimiento inequívoco de hallarse frente a la autoridad.

En cuanto a la faz volitiva, el dolo requiere la decisión de no acatar 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. 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 (pues la figura no trae versión culposa).

Assume que la doctrina ha discutido sobre la significación del llamado "ejercicio legítimo de las funciones" con respecto al dolo del autor.

Análiza de modo coincidente con el de Mezger que las palabras empleadas por el texto legal aparecen, para un grupo de autores, como características del tipo, lo cual tendría como consecuencia que deberían estar comprendidas por el dolo del autor y que su creencia en la ilegitimidad del ejercicio de las funciones lo excluiría y de alguna manera tendría el beneficio de la legítima defensa putativa. Sin embargo, para Donna, la legitimidad del ejercicio de las funciones es un elemento del deber jurídico del autor, al que se le aplican las reglas del error de prohibición. Aclara que si se tratara de un elemento típico normativo, el dolo del autor básicamente debería suponer que el acoja el contenido de sentido social del referido elemento en su cuadro de representación (valoración paralela en la esfera de los legos). Si el autor no alcanzara a obtener ese conocimiento, básicamente procedería aceptar la existencia de un error de tipo.

Sin embargo pone en duda lo acertado de tal conclusión en todos los casos, puesto que aquí el error puede residir tanto en un conocimiento insuficiente de los hechos como en una defectuosa valoración jurídica.

Para ello 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 un 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, desconociendo la materia del ilícito⁷⁷.

En cuanto al tema de las funciones del juicio de antijuridicidad, distingue tres tipos de casos:

- Si las expresiones "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, existirá error de prohibición.
- 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 entonces constituye un error de tipo.

⁷⁷ Si, al contrario, el autor incurre en un error similar, en perjuicio propio, no hay tentativa inidónea sino delito imposible para Donna.

- 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. Corresponde aquí hacer las distinciones correspondientes a los criterios suministrados al respecto por los errores de tipo y prohibición⁷⁸.

⁷⁸ La respuesta a cómo debe resolverse el error de prohibición la formula desde cuatro posiciones: *Desde la teoría de los elementos negativos del tipo*: para esta opinión, el tipo de injusto comprende, al lado de los elementos del tipo, también los elementos negativos del injusto que en caso de suposición errada hacen desaparecer el dolo general. Se sostiene lisa y llanamente la aplicación de las reglas del error de tipo a la legítima defensa putativa. *Desde 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 su conducta. Si una justificación se da o no, no depende de la representación 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 que quien actúa creyendo que es atacado y no lo es está convencido de que su conducta no está prohibida. En consecuencia, esto lleva a afirmar la existencia de un error de prohibición con el resultado ya conocido según sea venible o invencible. *Desde la teoría restringida o limitada de la culpabilidad*: sostiene una posición análoga a la teoría de los elementos negativos del tipo. Si bien acepta que no es un error de tipo, aplica sus reglas. Esto implica que los errores sobre una situación de justificación deben ser considerados como si fueran errores de tipo. Esto es posible frente al error venible, 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 sucede lo mismo si el error es invencible, ya que no hay paralelismo alguno. *Desde la posición de Dreher*: une la consideración de la estructura con la consideración del valor y comprende la justificación putativa como una especie diferenciada, y por tanto como un error de prohibición no regulado.

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 posición permisiva son clasificados o incluidos una norma de Derecho y las circunstancias de hecho, el objeto de voluntad de realización y también de 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 prohibición 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. 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.

c) *La propuesta de José Cerezo Mir*⁷⁹

José Cerezo Mir se plantea si frente a la conducta del funcionario público antijurídica es posible ejercer la legítima defensa contra ella. Se contesta adelantando que la respuesta a esta pregunta depende de la existencia o inexistencia en el Derecho de mandatos o actos estatales antijurídicos obligatorios—cuestión que asume como perfectamente posible—y aclara que de la obediencia debida no es posible deducir conclusión alguna al respecto si el precepto no dice cuándo es debida la obediencia.

Entonces, para determinar el límite de la obligatoriedad de los mandatos o actos estatales antijurídicos propone acudir a la doctrina de los vicios del acto del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal⁸⁰.

c.1) *En el Derecho Administrativo*

Sostiene el autor que el Derecho Administrativo efectivamente reconoce la existencia de actos estatales antijurídicos obligatorios y explica que en España, en la doctrina de los vicios del acto administrativo, se distinguen aquellos que hacen al acto *nulo*, los que lo hacen sim-

⁷⁹ Tomada de la obra *Temas fundamentales del Derecho Penal*, t. I, Colección Autores de Derecho Penal, dir. por Edgardo Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001. Del artículo *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia* se han tomado los conceptos volcados en las ps. 269/288.

⁸⁰ Hay que tener presente que el Código Penal español tiene una norma, el artículo 369, que dice que "no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto legal". Si bien de una preliminar lectura pareciera que la norma podría ofrecer una solución práctica al problema, Cerezo Mir razona con mucho acierto lo siguiente: no es correcto interpretar, como lo hacen Rodríguez Muñoz y Jaso, que no hay mandatos manifiestamente antijurídicos obligatorios puesto que, de ser así, el párrafo no tendría sentido. Tampoco es correcto interpretar que todos los mandatos antijurídicos que no constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto legal sean obligatorios. Tampoco del tenor literal cabe inferir que las sentencias sean siempre obligatorias o que las demás resoluciones judiciales son obligatorias cuando no sean evidentemente antijurídicas. No cabe deducir que cualquier defecto de competencia o cualquier falta de las formalidades legales determine la falta de obligatoriedad del acto estatal. El acto podría ser obligatorio pero su desobediencia no ser punible. Concluye que del artículo sólo cabe deducir que los mandatos o actos evidentes antijurídicos no son obligatorios.

plenamente *anulable* y los que no permiten siguiera su *impugnación*, a los que denomina irregulares⁸¹.

El *acto nulo*, sostiene, es como si no existiese. No produce ningún efecto jurídico. La nulidad puede ser alegada por el particular en cualquier momento y sus efectos se retrotraen al momento en que se realizó el acto (*ex tunc*). La administración puede ignorarlo, e incluso revocar, sin necesidad de acudir al proceso de lesividad.

La *anulabilidad* no excluye, en cambio, por sí misma, la eficacia del acto, que produce efectos mientras no se declare su nulidad. En este caso sólo produce efectos *ex nunc*, es decir desde el momento en que se lleva a cabo.

Por último, hay vicios que determinan la *irregularidad* del acto administrativo, pero que no afectan de ningún modo a su validez. Un recurso que pretendiese su anulación no prosperaría.

Luego fija las siguientes pautas para tener en cuenta:

Si el acto administrativo no es realizado por un órgano de la administración pública, no se plantea siguiera el problema de la validez. El acto administrativo *no existe*⁸².

Si el autor no es titular del órgano o su titularidad está viciada, debe considerarse que aquel acto no emana de un verdadero acto administrativo. *El defecto de competencia* determina sólo la nulidad del acto si es manifiesto⁸³. En otro caso, el acto es solamente anulable.

El *defecto de competencia territorial* es siempre manifiesto y de-termina, por lo tanto, la nulidad del acto⁸⁴.

⁸¹ Es bueno tener presente que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país denomina "irregulares" a los actos nulos, y "regulares" a los actos anulables.

⁸² Al parecer, no acepta el ejercicio de la administración pública por entes no estatales siguiera genéricamente como lo propone Juan Carlos Cassagne en nuestro país.

⁸³ Esta clase de invalidez, la "manifiesta" y "no manifiesta", no está recogida expresamente por nuestra Ley de Procedimientos en Materia Administrativa, no obstante lo cual debe considerarse aplicable pues ella reposa en el carácter ostensible, notorio, evidente, del vicio que afecta la validez del acto. Se debe distinguir el acto nulo de nulidad absoluta del acto portador de una invalidez manifiesta, pues el fundamento de ambas categorías es diferente: el primero se sustenta en la gravedad del vicio afectante de los elementos esenciales; el segundo, en cambio, proviene del carácter notorio u ostensible del vicio.

⁸⁴ Para efectuar esta afirmación, Cerezo Mir cita a un administrativo, Garrido

La violación de la *competencia funcional* (en razón de la materia) será casi siempre manifiesta, mientras que la violación de la *competencia jerárquica* no lo será normalmente.

Si el defecto de competencia no es manifiesto, el mandato del superior jerárquico debe ser obedecido por el funcionario subordinado, pues es obligatorio.

En caso de desobediencia no comete, sin embargo, delito (el del art. 369 del Cód. Pen. español, señala el autor), puesto que la desobediencia constituye solamente delito si la orden del superior jerárquico está dictada dentro de los límites de su competencia⁸⁵.

Los *defectos de forma* pueden hacer al acto nulo, anulable o simplemente irregular, según los casos.

Es nulo el acto que se realiza directamente prescindiendo completamente del procedimiento establecido por la ley (por ejemplo, el nombramiento de un funcionario sin concurso, la expulsión de un funcionario inamovable sin expediente disciplinario).

Es nulo también el acto que se realice infringiendo las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (por ej., asuntos tratados no incluidos en la convocatoria).

Son anulables, por defecto de forma, los actos que carezcan de

Falla (obra: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Parte general, 2ª ed., Madrid, 1961, ps. 427 y ss., según lo consigna en la nota 84), dado que sólo en este caso, y según el art. 47, 1 "a" de la Ley de Procedimientos Administrativos, el defecto de competencia determina la nulidad del acto. Sin embargo, en la crítica que Luzón Peña hace a la postura de Cerezo Mir en *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, argumenta que es preferible la interpretación que realiza otro administrativo, García de Enterría (*Apuntes* I, II, 1968-9, ps. 159/60, según lo menciona en la nota 540), quien propone interpretar el término "manifiestamente" acudiendo al art. 53, 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Y como este artículo sólo admite la convención (aplicable exclusivamente a la anulabilidad, no a la nulidad) del vicio de competencia de grado jerárquico, tal vicio será anulable mientras que los restantes (territorio y materia) serán siempre manifiestos, es decir, determinarán la nulidad del acto.

⁸⁵ El autor aclara que este requisito no puede ser entendido en sentido estricto, pues de lo contrario toda orden o mandato materialmente antijerárquico no estaría dictado dentro de los límites de la competencia del superior jerárquico. Y que por competencia es preciso entender aquí la competencia general o abstracta.

los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados.

Son actos simplemente irregulares (no anulables) los que carezcan de requisitos formales no esenciales y las actuaciones realizadas fuera de término o de plazo, si éste no se impusiese como determinante de la anulabilidad.

Los defectos de la forma prescripita para la manifestación de la voluntad determinan sólo la nulidad del acto, según la doctrina española, si la falta de forma es absoluta. En otro caso el acto es solamente anulable.

Y luego de presentar estas posibilidades, concluye afirmando que el acto que presente un *defecto de forma* que no determine su nulidad es obligatorio. Si el acto es anulable es obligatorio mientras no se declare la nulidad; si es irregular, es siempre obligatorio.

Agrega que el funcionario público que desobedezca un mandato de su superior jerárquico que presente defectos de forma, pero sea obligatorio, infringirá su deber, mas su conducta no será constitutiva del delito de desobediencia pues no está comprendida en el artículo 369, en tanto este artículo exige que el mandato del superior jerárquico esté revestido de las formalidades legales.

Desde el *punto de vista material* es nulo el acto administrativo cuyo contenido sea imposible (por ejemplo el nombramiento de una persona fallecida, nombramiento de magistrados para juzgados que no han sido creados) o constituya delito (en sentido amplio, comprensivo de delito o falta).

Para aquellos autores que destacan y tienden a conservar la presunción de legitimidad del acto administrativo, menciona que en su opinión este principio no puede prevalecer ni contra la lógica ni contra el ordenamiento penal vigente⁸⁶.

⁸⁶ Las consecuencias del vicio manifestado y por ende de la invalidez manifiesta se advierten singularmente en relación a la presunción de legitimidad del acto administrativo y los efectos que a ella se le asignen. Parece obvio en este sentido que a un acto que padezca una invalidez manifiesta, y además grave, no puede presumirsele legítimo ab initio si la evidencia del vicio fue inicial o bien desde que dicha evidencia se configura. Por eso, si bien esa presunción puede sustentar la exigibilidad del cumplimiento de un traslado por un agente estatal,

La indeterminación del contenido del acto es también una causa de nulidad (sancionar a una persona sin decir cómo).

La desviación de poder, es decir la realización de un acto administrativo correcto pero con un fin distinto al interés público, da lugar

a la anulabilidad del acto y por lo tanto es obligatorio hasta la declaración de nulidad.

La falta de intervención de un funcionario fedatario cuando la ley

lo exige determina la nulidad del acto.

El error sobre las circunstancias de hecho que constituyen la causa

del acto administrativo no da lugar en el Derecho español a la nulidad del acto, que es obligatorio mientras el particular no interponga un

recurso.

La administración no puede revocarlo, según la jurisprudencia española, sino para subsanar errores materiales.

c.2) *En el Derecho Procesal*

Comienza Cerezo Mir su exposición vinculada a esta rama del Derecho reconociendo que también la doctrina asume la existencia de actos antijurídicos obligatorios en el Derecho Procesal.

En este caso distingue la *inexistencia*, la *nulidad*, la *anulabilidad*

y la simple *irregularidad* de los actos viciados.

El acto procesal *no existe* cuando se ha omitido un requisito tan

importante que el acto no puede ser considerado sin él (por ej., una

sentencia dictada por una persona desprovista de jurisdicción). El acto inexistente no produce efectos jurídicos, es inválido de pleno derecho,

sin necesidad de declaración del juez.

El *acto nulo* existe pero está afectado por un vicio esencial (por

ej., un juicio oral tramitado por un juez de primera instancia o por un

solo juez). El acto nulo no produce los efectos jurídicos a que esta normalmente destinado. Si bien en algunos casos la ley permite la

convalidación del acto nulo, menciona que sólo produce sus efectos jurídicos desde su convalidación.

en tanto el acto que lo disponga no carezca ostensiblemente de fundamentos, a contrario *sensu* se desprende que la carencia de presunción de legitimidad del acto, y por ende su invalidez manifiesta, podrían habilitar el incumplimiento.

Es anulable el acto afectado por un vicio no esencial. El acto anulable produce sus efectos jurídicos mientras su nulidad no sea declarada por el juez a petición de los interesados. Hasta su declaración de nulidad, el acto es obligatorio, a pesar de su antijuridicidad.

Obligatorio es también el *acto irregular* cuya validez no puede ser impugnada (por ej., una sentencia dictada fuera de plazo). Es posible imponer al juez una sanción disciplinaria, pero el acto produce sus efectos jurídicos.

Y aquí también destaca reglas para que sean tenidas en cuenta:

La *doctrina procesal* considera que el *defecto de competencia* da lugar a que la resolución pueda ser anulada mediante el recurso correspondiente.

Si no se impugna o no es impugnabla el defecto queda convalidado⁸⁷

⁸⁷ El saneamiento o convalidación es el efecto jurídico que se produce cuando la administración, por medio de un acto expreso o tácito, le otorga plena validez a un acto administrativo afectado por un vicio determinante de su nulidad relativa.

El saneamiento no procede, obviamente, respecto de los vicios generadores de la nulidad absoluta. En nuestro país, el *artículo 19* de la ley adjetiva en la materia preceptúa que el acto administrativo anulable puede ser saneado mediante: a) ratificación por el órgano superior, cuando el acto haya sido emitido con incompetencia en razón del grado, y la avocación, delegación o sustitución fueran procedentes, y b) confirmación por el mismo órgano que dictó el acto, subsanando el vicio que lo afecta. Como se puede advertir, la ratificación es, en el concepto legal, un medio de saneamiento sólo posible respecto del vicio de incompetencia en razón del grado. La confirmación, a su vez, ostenta la calidad de medio residual de saneamiento porque, con exclusión de la incompetencia—regulada por el *artículo 19, inc. a*—, ella aparece en la ley como un instrumento utilizable respecto de cualquier otra clase de vicio. Los efectos del saneamiento se producen *ex tunc*—retroactivos—, circunstancia que guarda coherencia lógica con el momento, también inicial, en el cual por definición se configuran vicios que comprometen la validez del acto. Con el saneamiento se conserva el acto viciado, al cual, precisamente por el medio de subsanación que corresponde, se le otorga plena validez erradicando definitivamente de él el vicio que lo afectaba. Respecto de la conversión puede decirse que ella consiste en la utilización de los elementos válidos de un acto nulo para emitir, con el consentimiento del administrador, un nuevo acto administrativo (*art. 20, LPA*). Aun cuando la ley procesal sólo contempla como objeto posible de conversión a los actos nulos, en doctrina se ha propiciado su aplicación incluso a los actos anulables. Los efectos de la conversión se producen a partir de la emisión del nuevo acto (*art. 20 "in fine" de la LPA*), disposición que evidencia el carácter no saneatorio de la conversión. En vista de que la conversión implica el dictado de un acto diferente de aquel cuyos elementos válidos

al adquirir firmeza la resolución, que entonces es obligatoria (salvo algunas excepciones, reconoce, por ejemplo, que un juez municipal condene por delito).

Las sentencias o resoluciones judiciales firmes son, según el Derecho Procesal, obligatorias en su inmensa mayoría, aunque exista un defecto de competencia. La desobediencia de una de ellas sólo constituiría el delito cuando estén dictadas por un juez o tribunal competente. Desde el punto de vista material, las sentencias firmes son siempre obligatorias, según la doctrina del Derecho Procesal. La desobediencia, por lo tanto, constituye el delito.

c.3) *Acerca del fundamento de la "obligatoriedad"*

Una vez aceptada y demostrada la existencia en el Derecho español de actos estatales antijurídicos obligatorios, Cerezo Mir se pregunta cual puede ser el fundamento de dicha obligatoriedad.

Se vale del pensamiento de Stratenwerth para ensayar su respuesta, quien ha puesto de manifiesto que la explicación no puede ser otra que los actos estatales están revestidos de autoridad. Existe por ello una presunción de juridicidad de los actos del Estado. Sólo mientras la autoridad del Estado permita presumir la juridicidad del acto será éste obligatorio.

Dicho en otras palabras, sólo el poder legítimo puede fundamentar la presunción de juridicidad y el deber de obediencia⁸⁸. Cuando el acto antijurídico del funcionario sea obligatorio, lo será no sólo para los subordinados, sino también para los particulares afectados o no por su realización, y no será posible por tanto la legítima defensa. De

son aprovechados, es lógico que los efectos se produzcan *ex nunc*—no retroactivos, para el futuro—. Si bien en doctrina existe la conversión legal (resulta de una disposición normativa que prescinde de la voluntad de quienes intervinieron en la emisión del acto) y la voluntaria (deriva de la decisión discrecional de la administración, expresa o tácita, que puede requerir el asentimiento del administrador, aun cuando su procedencia surja de una norma autorizadora genérica), la primera no está recogida en la Ley de Procedimientos Administrativos.

⁸⁸ Para nuestro país se acepta la nulidad manifiesta y no manifiesta, aunque no esté expresamente prevista en la ley. A un acto que padezca una invalidez manifiesta y además grave no puede presumirse ab initio legítimo si la evidencia del vicio fue inicial, o bien desde que dicha evidencia se configura.

lo contrario se llegaría al absurdo, dice el autor, de que el funcionario que recibe una orden antijurídica esté obligado a cumplirla y las personas afectadas por su cumplimiento, o un extraño, puedan ejercer el derecho de la legítima defensa⁸⁹. Desde el momento en que existen en Derecho actos estatales antijurídicos obligatorios, no cabe decir que únicamente cuando la conducta del funcionario sea lícita se halla éste en el ejercicio de sus funciones, o que el funcionario pierde su condición al realizar un acto antijurídico.

Por esa razón, la licitud del acto del funcionario no puede ser, en opinión de Cerezo Mir, un elemento normativo (implícito) del tipo del atentado propio, pues no es correcto afirmar que solamente cuando la conducta del funcionario sea lícita, éste se halle en el ejercicio de sus funciones.

En resumen:

Siguiendo la tesis de José Cerezo Mir, sólo cuando el acto del funcionario *no sea obligatorio*, podrá ejercer el particular *legítima defensa*. La *legítima defensa* será entonces siempre posible si el acto del funcionario es *evidentemente antijurídico, imposible o constituye delito o falta*.

Los *defectos de competencia* sólo podrán dar lugar a la *legítima defensa* cuando sean *manifestos*.

Los *defectos de forma* relativos al procedimiento sólo podrían dar lugar a la *legítima defensa* cuando el acto se realice prescindiendo completamente del procedimiento establecido por la ley, o infringiendo las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Los defectos de la forma prescripta para la manifestación de vo-

⁸⁹ Según Mezger, el ordenamiento jurídico obliga aquí al funcionario subordinado a correr un riesgo, el de la legítima defensa. De acuerdo con la opinión de Stratenwerth, el funcionario subordinado que cumple un mandato antijurídico obligatorio realiza una conducta lícita mientras el deber de obediencia no entre en conflicto con un deber de rango superior. En estos casos no sería factible ya la legítima defensa por no darse el requisito de la agresión ilegítima. De todos modos, se podrá ejercer el estado de necesidad como causa de justificación, siempre que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar. Si los males fueran aproximadamente iguales, determinará únicamente la exclusión de la culpabilidad.

90 Cerezo Mir destaca y reconoce la existencia de posturas intermedias, con las que mayormente discrepa. Explica que el Tribunal Supremo español circunscribe la posibilidad de la resistencia a los casos en que el particular se ve agredido corporal- mente, es amenazado, es insultado y amenazado, es víctima de un ataque contra el pudor o de un ataque a los bienes que implica al mismo tiempo un peligro personal por parte del funcionario. Reflexiona que en la doctrina del Tribunal Supremo ha influido sin duda el criterio restrictivo que aplica para delimitar los bienes jurídicos defendibles (durante un tiempo no se admitió la legítima defensa contra el honor y en los ataques contra la propiedad exige además un peligro personal para quien se defiende). Este criterio dice que es una "parquedad" sin base legal.

También cita las opiniones de Cuello Calón, Ferrer Sana, Jaso y Rodríguez Muñoz,

Concluye su análisis con algunas consideraciones que constituyen exigencias propias del derecho de la legítima defensa, al destacar el pensamiento de Ferrer Sama y Rodríguez Devesa, quienes consideran con razón que la resistencia a los actos del Estado sólo es lícita cuando se ofrece para evitar un daño irreparable, es decir un daño que no pueda ser evitado por los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los administrados para evitar o reparar las lesiones de sus derechos que pueda causar la administración. En otro caso la defensa no sería necesaria, ni por lo tanto legítima.

El acto estatal que constituye la agresión injusta debe haber dado comienzo y no haber concluido todavía para que la defensa sea legítima. Si el particular ataca al funcionario que ha realizado un acto evidentemente antijurídico, imposible o que constituye delito o falta, después de su realización, con propósito de venganza, no está amparado por la causa de justificación de la legítima defensa. Lo mismo sucederá si la agresión al funcionario se realiza antes de que se lleve a cabo el acto evidentemente antijurídico, imposible o que constituye delito o falta.

El que resiste debe actuar, en todo caso, con ánimo de defenderse, para que pueda estar amparado por la eximente. Es necesario que no exista provocación suficiente por parte del que se defiende. La resistencia puede ser ofrecida legalmente por terceros (parientes o extraños), es decir por una persona que no sea el titular del derecho agredido por el funcionario.

quienes de acuerdo con su modo de ver las cosas parten, como el Tribunal Supremo, de la consideración acertada de que no es lícita la resistencia frente a todo acto antijurídico de los funcionarios públicos. Sin embargo, discrepa con los criterios que utilizan para deslindar unos casos de otros. Así, nos enseña el autor que Cuello Calón reduce la legítima defensa a los casos en que el funcionario lleva a cabo actos de fuerza o violencia contra el particular. Jaso y Rodríguez Muñoz consideran que la autoridad y sus agentes no gozan de tutela penal si actúan fuera de su competencia (Cerezo Mir considera, recordemos, que no todo defecto de competencia afecta, sino más, la obligatoriedad del acto, sino que debe ser manifiesto). Interpretan además que cuando el funcionario actúa dentro de los límites de su competencia no gozará de protección penal si lo hace en auténtica falta personal y consideran imprescindible la legitimidad formal del acto para que el funcionario goce de tutela penal (a juicio de Cerezo Mir, sólo si el defecto de forma determina la nulidad del acto es admisible la legítima defensa).

No es preciso que exista una proporción entre el bien jurídico lesionado y el que se trata de defender; los bienes materiales pueden ser defendidos, en caso necesario, con la muerte del agresor.

El derecho de defensa está sometido, sin embargo, al principio general de la ilicitud del abuso de los derechos. La defensa será por ello ilícita cuando la gravedad de la lesión causada al funcionario no guarde relación alguna con la entidad criminal del ataque.

c.4) *El deber de examen*

Sostiene Cerezo Mir que cuando el acto del funcionario constituya delito o falta, el desvalor de la acción estará constituido por el "dolo de hecho", es decir por el conocimiento o voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. No cree que la conducta desvalorada deba integrarse, además, para el funcionario que actúa por su propia decisión, por la infracción del deber de examinar si concurren en el caso concreto los presupuestos legales de la acción, ni por el conocimiento de las circunstancias de hecho que fundamentan el injusto penal de la orden, para el funcionario que actúa cumpliendo una orden de su superior.

Stratenwerth tiene una postura en contrario, que Cerezo Mir cuando la expone la interpreta atendible, pero que de todas maneras finalmente refuta porque, sostiene, conduce a consecuencias inadmisibles en la delimitación del ámbito de la resistencia legítima. Siempre que se trate de actos de funcionarios que constituyan delito y no sean evidentemente antijurídicos, la licitud de la resistencia dependería de que el funcionario haya conservado el cuidado debido al examinar la situación concreta, o de que conozca o no las circunstancias que fundamentan la antijuridicidad de la orden.

Se pregunta entonces cómo puede conocer el particular, con un margen mínimo de seguridad, si concurren o no dichos elementos subjetivos. Y reflexiona diciendo que la ley puede exigir al ciudadano (como dice Goldschmidt) que examine la juridicidad de la conducta del funcionario pero no que examine el ánimo del funcionario y averigüe si obra de buena fe y si su error era o no vencible.

Concluye citando a Binding, para quien carece de sentido hacer

depender de un elemento puramente psicológico, de la vida interior del funcionario, como lo es la buena fe, el derecho de resistencia, puesto que es prácticamente imposible saber para quien resiste si el funcionario actúa o no de buena fe.

Roxin sostiene que debe rechazarse el deber de examen pues conduce al "insostenible resultado" de que alguien que no ha examinado suficientemente los presupuestos de la justificación habría de ser castigado por delito doloso, incluso cuando concurre un permiso y el sujeto ha actuado suponiendo su concurrencia⁹¹. Esto es inaceptable, insiste, pues falta un desvalor de acción y un desvalor de resultado, dado que éste es objetivamente correcto y la finalidad del sujeto coincide con los mandatos del Derecho. Concluye diciendo que la falta de examen fundamenta tan sólo una falta de cuidado, que califica de "inocua", que en todo caso podría configurar una tentativa imprudente que, como es sabido, no está penada.

A los mismos resultados se llega si el sujeto supone erróneamente la situación justificante.

Analicemos la cuestión a partir de un ejemplo que propone Roxin y del razonamiento que de él efectúa Cerezo Mir, para entender qué propone en este aspecto: cuando un policía detiene preventivamente a alguien conforme a la ley, no hay motivo alguno para castigar por detenciones ilegales dolosas a quien practica la detención habiendo supuesto acertadamente los presupuestos necesarios sólo porque no examinó con el suficiente cuidado si existían los presupuestos para la detención. Eso no significa, hay que coincidir con el autor alemán, dice Cerezo Mir, que un policía haya siempre de ser absuelto por falta de dolo de una acusación por detención ilegal, pues cuando toma indicios vagos por indicios fundados de delitos que facultan la detención se trata de un error de subsunción que conduce a un error de prohibición y que es irrelevante para el dolo. Este elemento se excluye cuando el policía se representa unas circunstancias verdaderamente concretas que justifican una detención preventiva; castigarle en tal caso, si el error es vencible, por delito doloso, sería sin embargo también inadecuado.

⁹¹ *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 591.

d) *La postura de Luzón Peña*

Diego-Manuel Luzón Peña inicia su análisis reconociendo que la actuación de los órganos de la autoridad puede afectar y lesionar bienes jurídicos de los particulares. Pero, a la vez, tal actuación puede ampararse en el ejercicio legítimo del cargo, en el cumplimiento del deber o en la obediencia debida, y, entonces, transformarse a Derecho. A partir de allí no puede constituir una agresión antijurídica, ni entonces podría caber la legítima defensa contra ella. Agrega que aunque se pueda o no estar predispuesto en favor del principio de autoridad, de todos modos en las actuaciones del Estado, por la complejidad de los factores en juego, es más difícil que de ordinario decidir si una conducta es o no antijurídica.

Sintetiza la opinión de la doctrina diciendo:

a) Que algunos niegan en todo caso que quepa legítima defensa contra las actuaciones de la autoridad⁹², basándose tanto en que de las autoridades nunca se puede decir que acometen ilegítimamente al particular, como en que la defensa es absolutamente innecesaria, porque las leyes establecen otros recursos jurisdiccionales contra los errores o abusos de la autoridad. Y si se han recorrido sin éxito todos los recursos habrá que doblegarse ante la presunción legal en favor del principio de autoridad, pues de lo contrario sería el caos social (escuela autoritaria).

b) Sin embargo, añade el autor que con bastante anterioridad a esta posición existen ya numerosas voces que mantienen que contra la autoridad cabe legítima defensa exactamente igual que contra el particular y que el injusto lo es, proceda de quien proceda, aunque sea de los órganos de la autoridad, posición que es la que defiende actualmente la doctrina absolutamente dominante, que acepta con mayor o menor amplitud la posibilidad de agresiones antijurídicas por parte de la autoridad.

Esta es, sostiene, la posición correcta, pues no es cierto que los órganos de la autoridad no puedan obrar contra el Derecho ni tampoco que no tengan necesidad de defensa porque le caben los recursos jurídicos ante la administración o los tribunales.

⁹² Los exponentes de esta concepción son, según cita el autor, Gómez de la Serna-Montalbán, Pacheco y Groizard.

Si fuera el caso, razona con acierto, también contra los particulares caben los recursos ordinarios que reparan la situación.

Lo característico de la legítima defensa es, para Luzón Peña, que actúa precisamente en el momento (y no después) en que el injusto agresor se enfrenta con un bien jurídicamente protegido y, a través de ello, con el orden jurídico. La defensa actúa impidiendo, precisamente en ese momento, que el agresor se salga con la suya.

Por eso, como la pena o indemnización civil actúan en un momento posterior, nada impide que al agresor, además de habérsele opuesto en su momento una legítima defensa, se le pueda exigir responsabilidad penal y civil (si ha logrado causar determinados perjuicios).

Afirma que los recursos tendentes a la reparación son posteriores y distintos a la legítima defensa y no la excluyen en absoluto.

Desde luego que no cabrá legítima defensa, enfatiza el autor, si se ejercen atribuciones o facultades legítimas del cargo o se actúa cumpliendo el deber. Ahora, 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 su poder, si obra de modo contrario al deber, o traspasando los límites de las facultades y atribuciones del cargo, es decir excediéndose al ejercitar el mismo o cumplir con el deber, hace notar Luzón Peña que la agresión de la autoridad será antijurídica y que, consecuentemente, cabrá la legítima defensa contra ella.

Ahora bien, en los supuestos en que la autoridad se excede u obra fuera de sus atribuciones, mediante actuaciones antijurídicas conscientes, dolosas y bastante claras, pareciera que no existe problema alguno para aceptar el derecho a la legítima defensa, siguiendo el razonamiento que realiza Luzón Peña. Pero los problemas surgen, como lo menciona y reconoce el propio autor, frente a una serie de actuaciones de órganos estatales con defectos de competencia o de forma o con resultados injustos o erróneos. En estos casos, resulta más difícil decidir si estamos o no ante agresiones antijurídicas⁹³.

⁹³ Luzón Peña cita el pensamiento de Quintano Ripollés, para quien la cuestión es sólo susceptible de solución ante los hechos concretos, puesto que "en materia tan delicada, toda precaución es poca y todo precepto de carácter general arriesgado". Tam-

Para resolver los interrogantes de una manera precisa, propone Luzón Peña efectuar una distinción entre los supuestos en que el órgano de autoridad actúa por sí mismo y aquellos en que obra cumpliendo órdenes o decisiones de otro. Así será respetada la exposición de su pensamiento.

A) Órgano estatal que actúa por sí mismo

a) La presentación de la discusión jurídica

— Para un grupo de autores⁹⁴, la actuación de la autoridad será legítima si, aunque materialmente sea injusta o antijurídica, es *formalmente* correcta; esto es si no traspasa los límites de su competencia y se realiza con las formas prescriptas.

Contra ella no cabrá legítima defensa mientras que si será posible tal defensa contra una actuación de la autoridad que sea ilegítima por no observar las formas legales o por no ser competente tal autoridad.

— La posición contraria la mantiene Castejón, para quien solo cabe defensa contra la autoridad "cuando ésta es incompetente u obra fuera del círculo de sus atribuciones [...] (ello) originaría siempre, aun cuando la autoridad no se extralimitase en el ejercicio de sus facultades, una discusión sobre la esfera de su competencia, discusión que debe rechazarse por atentatoria del prestigio del poder social y a la eficacia de su actuación. La tendencia es a considerar a la autoridad despojada de su poder cuando ilícitamente lo emplea en vejar de modo intolerable a los ciudadanos".

bien a Díaz Palos, quien si bien comparte la idea de la dificultad, propone no dejar la solución al arbitrio o arbitrariedad de la decisión caso por caso, sino formular unos principios generales susceptibles de aplicación a cada supuesto concreto.

⁹⁴ Wessely, Wächter, Kroner, Oetker, Olshausen y Jagusch, según los cita Luzón Peña. El primero tiene dicho de acuerdo a lo que transcribe el autor: "mal le irían las cosas al orden jurídico si cualquiera que se sintiera lesionado por una disposición de la autoridad pudiera oponerle una reacción defensiva impunemente". Oetker argumenta en parecido sentido —nota 525 de Luzón—: si se admitiera legítima defensa contra la acción de la autoridad formalmente correcta pero materialmente injusta, "ello acarrearía un sufrimiento de actos de legítima defensa putativa [...] El Estado no puede por menos de conceder protección a sus órganos, incluso sin que el ejercicio del cargo sea materialmente legítimo".

- Una tercera corriente⁹⁵ mantiene la convicción de que para que no quepa contra ella legítima defensa, la acción de la autoridad ha de ser jurídica tanto formal como materialmente, pero en cambio se la considerará agresión antijurídica contra la que se podrá oponer legítima defensa si tal actuación tiene vicios de competencia, de forma o si por su contenido es antijurídica.

- Algunos distinguen que para que la agresión sea ilegítima, el vicio de competencia debe recaer sobre la competencia material (o funcional) o territorial y que, en caso de falta de forma, ésta ha de ser esencial.

La justificación de esta corriente pasa por afirmar que una forma legal no puede cubrir un contenido ilegal.

- Otros autores⁹⁶ piensan que la actuación de la autoridad será una agresión ilegítima si presenta defectos de competencia o de forma, o si es materialmente contraria a Derecho. Pero en este punto de la antijuridicidad material, destaca Luzón Peña, distinguen más, en cuanto a que no son iguales los supuestos en que el resultado del injusto se causa dolosamente de aquellos otros en que tal resultado injusto es debido a un error de la autoridad, casos estos últimos que se hacen objeto de un especial examen.

b) *Su posición cuando la autoridad actúa "dolosamente" con vicios de competencia, de forma o materialmente contrarios a Derecho*

Nos dice Luzón Peña que quien se ha ocupado detenidamente de este problema es Cerezo Mir. Aclara que si bien su examen está pensado en principio para los casos en que el agente ejecuta una orden, mandato o sentencia de un superior, es decir para los casos de obediencia debida, pareciera que su intención es generalizarlo, aplicándolo a cualquier actuación de la autoridad, es decir incluyendo también el caso en que el órgano del poder público actúa por sí mismo, que es el que ahora convoca nuestra atención.

En la doctrina alemana, nos enseña el autor, Baldus, Samson, Schön-

⁹⁵ Representada por Levita, Geib, Geyer, Neumann, Binding y Lobe, según cita de Luzón Peña.

⁹⁶ Bar, Balke, Focke, siempre según citas de Luzón Peña.

ke-Schröder-Lenckner entienden que no cabe legítima defensa contra un acto administrativo meramente impugnabile (nombre que se le da en Alemania al acto anulable), con lo cual la línea de pensamiento sigue siendo la misma.

Sin embargo, en su crítica, Luzón Peña sostiene que ésta puede ser una solución correcta en los casos en que el funcionario obre en virtud de obediencia debida al mandato de un superior, pero no es en cambio aceptable, dice, para los casos en que el representante de la autoridad actúa por sí mismo⁹⁷. En efecto, en los supuestos de ejecución de una orden puede haber razones (por ej. mantener la disciplina) que pesen más para el ordenamiento jurídico que el carácter antijurídico de aquella y que por ello posibiliten que se le otorgue, pese a todo, obligatoriedad, considerando a la vez perfectamente legítimo el acto de ejecución.

Pero si el funcionario actúa por sí mismo, y el acto es anulable, es porque es antijurídico. En tal caso, constituirá una agresión ilegítima si se dirige contra bienes defendibles del particular. Con más razón aun si el acto de la autoridad es nulo.

Esta es la palpable diferencia: si la acción de la autoridad pone en peligro bienes jurídicos defendibles del particular, éste se encuentra ante una agresión típica que será además antijurídica si no concurre una causa de justificación, como puede ser, para el funcionario que actúa por sí mismo, el ejercicio de su cargo o el cumplimiento del deber. Pero tales causas de justificación no pueden concurrir en el acto anulable de la autoridad, que es antijurídico, como se ha visto, por vicios de competencia, forma o contenido. Luego, el Derecho no puede considerar que el funcionario ejerce legítimamente su cargo, ni mucho menos que cumple su deber, sino todo lo contrario, si su acto contra-

⁹⁷ Cuando Cerezo Mir explica que no cabe legítima defensa contra el acto anulable argumentando que cuando el acto antijurídico sea obligatorio lo será no sólo para sus subordinados sino también para los particulares, porque de lo contrario se llegaría a la conclusión absurda de que el funcionario que recibe una orden antijurídica obligatoria estaría obligado a cumplirla y las personas afectadas por su cumplimiento o un extraño podrían ejercer el derecho de la legítima defensa, queda de manifiesto para Luzón Peña que su argumentación está pensada exclusivamente atendiendo a los casos de obediencia debida, es decir, de funcionario ejecutor de una orden o decisión del superior.

viene lo que el propio Derecho dispone en cuanto a competencia jurárquica o a formas esenciales o tendentes a la defensa de los afectados, o si en su contenido infringe de cualquier modo el ordenamiento jurídico. Colofón: tal acción agresiva de la autoridad, al no concurrir ninguna causa de justificación, es típicamente antijurídica y, por lo tanto, cabe legítima defensa contra ella. Como la autoridad obra aquí por propia decisión, no hay ninguna obligatoriedad que pudiera hacer conforme a Derecho la ejecución de un mandato antijurídico. Si el funcionario obra por sí mismo, no podrá quejarse si se ejerce legítima defensa contra su acto anulable, pues si quería evitarlo, lo que tenía que haber hecho era obrar dentro de sus atribuciones y no incumplir su deber actuando antijurídicamente.

Luzón Peña se hace un tiempo para enfrentar, también, una posible y evidente crítica a la que da respuesta sobriamente.

Conjetura que sería factible alegar que tal acto anulable en definitiva no es antijurídico frente a los particulares porque, como procede de la autoridad, el Derecho le otorga algo así como una "apariencia de corrección" frente a los administrados. Es decir, estaría revestido de una especie de legitimidad y validez hasta tanto sea impugnado (pues se trata de un acto anulable y no nulo). Por ser válido sería obligatorio mientras no se anule tanto para el funcionario inferior (si el acto lo precisa para su ejecución) como para el particular (si el acto lo afecta directamente sin mediación de ningún ejecutor).

Tales consideraciones, enfatiza, deben rechazarse porque, en primer lugar, el acto anulable no es válido. El Derecho no puede considerar válido ni legítimo a un acto que infringe lo dispuesto jurídicamente. Lo que ocurre es que el acto administrativo anulable, en tanto no se estime su suspensión o su anulación, goza de ejecutoriedad: es eficaz.

Se vale de la explicación de García de Enterría para recordar que puede haber actos que sean inválidos y sin embargo eficaces, y que entre los grados de invalidez están comprendidas la nulidad y la anulabilidad. Una prueba de que el acto anulable es inválido es que admite su convalidación⁹⁸, lo que no tendría sentido si fuera válido. El acto

⁹⁸ Por imperio del art. 53 de la Ley de Procedimientos Administrativos española.

anulable no es pues válido sino eficaz, ejecutorio (lo que implica en el campo administrativo que sea obligatorio: para el particular, el soportar, para el funcionario subordinado, el proceder a su cumplimiento inmediato).

Pero por mucho que sea eficaz administrativamente, si el acto anulable no es válido, ha desaparecido—sostiene acertadamente—la única posibilidad de apreciar una causa de justificación que cubriera tal acto administrativo de autoridad. Si esto es así, concluye, cabe la legítima defensa contra ellos⁹⁹.

Si bien es cierto que el contenido del acto no es delictivo, sino que el acto infringe otra rama del Derecho en su contenido, competencia o forma, el acto resulta delictivo por dirigirse contra bienes jurídicos penalmente protegidos y no estar, dado que es antijurídico, amparado por ninguna causa de justificación.

Lo fundamental es que el Derecho Penal, tanto frente al acto de contenido delictivo (acto nulo) como frente al acto que resulta delictivo por atacar bienes jurídicos penalmente protegidos y por no estar justificado al infringir en su competencia, forma o contenido cualquier otra norma jurídica (actos nulos o anulables, según los casos), impide su eficacia al admitir contra el legítima defensa subordinada sólo, en lo que aquí interesa, a que la agresión sea ilegítima.

En resumen, es posible concentrar el pensamiento del autor en este aspecto y utilizando sus mismas palabras de la siguiente manera:

Es antijurídica la agresión de la autoridad constituida por un acto

⁹⁹ Se plantea Luzón Peña: por qué la eficacia y obligatoriedad administrativa del acto anulable por antijurídico no afecta para nada a la posibilidad de reaccionar contra él en legítima defensa. Sostiene que la eficacia u obligatoriedad del acto anulable juega en el campo del Derecho Administrativo y consiste en que, como privilegio de ser la administración el titular del acto y en aras de la eficacia y rapidez de su actividad, se concede la ejecutoriedad inmediata del acto anulable contra el particular, con independencia de que éste pueda recurrir contra tal acto, intentando que se aprecie después su anulación. Esta es una manifestación del principio *solve et repete* muy frecuente en el campo del Derecho Administrativo, pero que no juega en el Derecho Penal. Esa ejecutoriedad obligatoria será perfectamente congruente mientras el acto anulable afecte a derechos regulados por el Derecho Administrativo (o incluso por otras ramas del Derecho), pero no si el acto afecta bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

nulo o anulable de un funcionario que actúa por sí mismo y no hay ninguna razón que se oponga a la admisibilidad de la legítima defensa contra ella.

En consecuencia, cabrá legítima defensa contra la agresión del funcionario incompetente tanto si la incompetencia es territorial o funcional (acto nulo) como si es de jerarquía (acto anulable).

Igualmente cabrá contra la agresión del funcionario si el acto es nulo por prescindir completamente del procedimiento legal, como si es anulable por carecer de algún requisito esencial o que dé lugar a la indefensión de los afectados.

Desde el punto de vista material cabe legítima defensa tanto contra el acto nulo por ser su contenido constitutivo de delito (que un policía pretenda obligar a que mate a alguien) como por una agresión constituida por un acto anulable por ser antijurídico su contenido (ordenar sin razón alguna circular por un lugar prohibido)¹⁰⁰.

En cambio, el acto administrativo meramente irregular no puede constituir una agresión antijurídica.

Son actos meramente irregulares los que carecen de un requisito formal inesencial—si ello no produce indefensión—y los actos realizados fuera de tiempo, a no ser que la naturaleza del término o plazo impusiera su anulación. Estos actos infringen, aunque levemente, el ordenamiento jurídico, pero, pese a ello, debido a ser la administración su titular, el Derecho considera tales infracciones como meras irregularidades no invalidantes, de modo que el acto no es recurrible ni se puede anular; al contrario, es plenamente válido.

¹⁰⁰ Explica el propio Luzón Peña que esta conducta para la ley española es una falta. Por ello dice Luzón que se trata de un acto anulable y no nulo, aunque el conjunto del acto, al no estar amparado en el ejercicio legítimo del cargo, supone un delito de coacción contra el particular y una agresión a su libertad. A la referencia de la Ley de Procedimientos Administrativos de España en cuanto a que son nulos los actos constitutivos de delito hay que entenderla en el sentido de actos cuyo contenido sea delictivo. De lo contrario, también habría que estimar comprendidos en ese apartado los actos que afectan a bienes jurídicos penalmente protegidos y que normalmente entran dentro de las atribuciones legítimas de la autoridad, pero que al no estar amparados por el cumplimiento del deber o el legítimo ejercicio del cargo, por incurrir en algún vicio de competencia o de forma en el caso concreto, resultan delictivos. No parece que éste sea, dice el autor español, el sentido de la ley.

Ello significa que si el acto de la autoridad es meramente irregular, hay que considerar que el funcionario sigue actuando en el cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo de su cargo, por lo que no se podrá hablar de agresión antijurídica.

c) *Su posición cuando la autoridad actúa "culposamente" con vicios de competencia, de forma o materialmente contrarios a Derecho*

El funcionario cree aquí erróneamente que se dan los presupuestos materiales para su intervención legal, cuando realmente no es así, produciendo con ello un resultado injusto (por ej., un policía que detiene a un inocente creyendo detener a un delincuente in fraganti delicto). En estos casos no es importante distinguir si el funcionario obra por su propia decisión o si lo hace cumpliendo un mandato judicial, puesto que la equivocación siempre obedece a su propia decisión.

Enseña Luzón Peña que algunos autores niegan que el error de la autoridad, aunque sea invencible, pueda convertir en legítima una actuación injusta. La actuación será antijurídica y a lo sumo no culpable, pero cabrá contra ella la legítima defensa¹⁰¹.

Por el contrario, otro sector de la doctrina estima que si el funcionario se equivoca al creer en la concurrencia de los presupuestos de hecho, pero su juicio se ha realizado conforme a su deber, es decir

¹⁰¹ Transcribe parte del pensamiento de los siguientes autores: en la nota 559 cita a Neumann, GA (1874), p. 221: "por mucho que el funcionario crea erróneamente en la presencia de los presupuestos legales es imposible que el error del funcionario ejecutor convierta en lícita una acción que en sí es ilícita"; a V. Liszt, 1919, nota 1, p. 146: "una acción conforme al deber nunca es antijurídica, pero es insostenible la posición que acepta aquí una causa de justificación que actúa subjetivamente, destruyendo con ello el concepto rigidamente objetivo de la antijuridicidad"; a Córdoba Roda, nota 1, 1962, nota 2, p. 355: "el funcionario que, por error excusable, dirige su actuación contra persona distinta de la indicada cometerá una agresión antijurídica no culpable; la acción defensiva del sujeto particular [...] caerá dentro del marco de la legítima defensa"; a Cerezo Mir, REP 1966, p. 352: "si la acción dentro del marco de es delictiva, el desvalor de la acción lo constituye el dolo de hecho, sin que sea preciso que se dé, además, la infracción al deber de examinar la concurrencia de los presupuestos legales de la acción".

empleando toda la diligencia debida de su oficio, esta acción es conforme a Derecho y no constituye una agresión antijurídica¹⁰².

Una posición intermedia, señala el autor, interpreta que en una serie de casos la ley hace depender la licitud de la actuación de la autoridad del criterio ejercido debidamente por el funcionario, de modo que si éste, examinando con la diligencia debida las circunstancias, cree que concurren los presupuestos fácticos de su intervención, aunque realmente no sea así, la agresión del funcionario no será antijurídica porque seguirá estando amparada por el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo del cargo y no cabrá legítima defensa. Pero en los restantes casos la juridicidad de la actuación de la autoridad depende de que efectivamente concurren los presupuestos fácticos de su intervención, y si no concurren, aunque el funcionario obre de buena fe y su error sea totalmente disculpable, hay agresión antijurídica contra la que cabe legítima defensa.

Esta postura intermedia tiene el mérito, reconoce, de haber señalado que, efectivamente, en algunos casos la propia ley impone como deber o considera dentro de las legítimas atribuciones del cargo la actuación de la autoridad, tanto cuando realmente se dan ciertos presupuestos fácticos como cuando la autoridad los cree erróneamente en virtud de un examen realizado con la diligencia debida (ej.: posibilidad de detener a quien es sorprendido in fraganti delicto si es "sospechoso de fuga"). Cualquier actuación de la autoridad fundada en la creencia de que concurren los presupuestos fundamentadores de su intervención, cuando tal creencia se basa en un examen de las circunstancias realizado con la diligencia objetivamente debida, esto es, realizado como todo

¹⁰² En esta ocasión también selecciona parte de la opinión de algunos autores: nota 569, Welzel: "como lo que cuenta es lo que el autor puede hacer y no lo que el afectado tiene por qué aguantar, incluso aunque no concurren los presupuestos para intervenir contra el ciudadano, éste no puede defenderse contra la acción de ejercicio del cargo, si el funcionario considera que concurren los presupuestos en virtud de un examen, conforme al deber, de las circunstancias de hecho"; nota 573, Maurach: "el poder estatal ejercitado como esta ordenado, sea a causa de una orden, sea debido al propio criterio ejercitado conforme al deber, no constituye [...] una agresión antijurídica [...] Concretamente tampoco procede la legítima defensa si el órgano ejecutor del Estado en un caso en que decide su criterio conforme al deber, es víctima de un error pese a observar las reglas de formación de su criterio".

funcionario observador, diligente y cuidadoso lo hubiese hecho, tal actuación no puede ser, de acuerdo con la visión de Luzón Peña, una agresión antijurídica.

Hay que tener presente que el autor participa de la idea, bastante discutida en doctrina por cierto, de que si la acción no es dolosa no se puede hablar de agresión. De todos modos, también analiza la cuestión desde el otro punto de vista, es decir aceptando la posibilidad de agresión en conductas que no sean dolosas, pero aun así interpreta que la acción realizada con la diligencia objetivamente debida no puede ser una acción prohibida, sino que se efectúa precisamente como el Derecho quiere y exige que se comporten las personas. Si esto es así, estamos frente a una acción conforme a Derecho, lícita, y no frente a una agresión antijurídica. No desconoce que debido al error se causará un mal, un resultado injusto (detener a un inocente). Habrá un desvalor de resultado, esto lo asume como cierto, pero como la acción ha sido irreprochable en su ejecución, no hay desvalor de acción alguno y con ello alcanza y sobra para estimar justificada la conducta.

Aclara que no se trata de que el error inexcusable disculpe meramente la acción, sino que estamos frente a un error objetivamente inexcusable, es decir frente a un error que ni empleando toda la diligencia objetiva debida se puede evitar, porque las apariencias hacen que se caiga en él y por ello, al entrar en el campo del "caso fortuito" (acción diligente que causa un mal), tal error supone una causa de justificación.¹⁰³ La esencia de su postura finca en que la eficacia justificante

¹⁰³ Si bien trae a consideración el pensamiento de Lenckner en la dirección señalada, relativiza la importancia de su idea al expresar que es tan sólo un argumento adicional a las verdaderas razones que fundamentan su criterio. No obstante ello, vale aclarar que, según el autor español, Lenckner explica por qué en el campo de las actuaciones de la autoridad muchos autores olvidan su preocupación exclusiva por el lado individual de la legítima defensa, es decir, por la necesidad de protección del bien jurídico, abandonan su interpretación de la antijuridicidad de la agresión desde el punto de vista del agredido o hacen una excepción a su rechazo como regla general del papel justificante de la diligencia debida y el riesgo permitido. El examen conforme al deber es un verdadero elemento de justificación en aquellas causas de justificación que contienen elementos del riesgo permitido. A éstas pertenecen los casos de acciones de la autoridad realizadas sin que concurren los necesarios presupuestos fácticos, pues en ellas el Derecho acepta el peligro de decisiones equivocadas dentro de los límites

del examen realizado mediante la diligencia debida en las actuaciones de la autoridad (o de cualquier particular) no puede estar prohibida. Los casos de actuación diligente de la autoridad no mencionados legalmente de modo expreso entran en el campo del caso fortuito, y con ello en el ámbito de una causa de justificación. En tanto la acción errónea de la autoridad se ampara sólo en el caso fortuito, al particular le cabrá reaccionar contra ella en estado de necesidad, lo que en cambio parece mucho más discutible si la acción errónea de la autoridad por mencionarlo expresamente la ley sigue estando amparada por el cumplimiento del deber, es decir, en una conducta positivamente valorada y deseada. Si a la actuación de la autoridad, en cambio, le faltan los presupuestos materiales y el funcionario infringe las reglas de formación del criterio conforme al deber, esto es no observa en su examen la diligencia debida, su conducta constituirá una agresión antijurídica. Otros autores exigen que la infracción de la diligencia debida sea manifiesta.

Maurach afirma que si la acción de la autoridad no es conforme a Derecho, como es el caso de evidente lesión de las reglas de formación del criterio por parte del funcionario que actúa, entonces es antijurídica y cabrá contra ella la legítima defensa.

Para Luzón Peña, en este aspecto hay que distinguir:

- Si la infracción de la diligencia debida en el examen significa que la actuación de la autoridad está realmente libre de error y que dolosamente procede a actuar a sabiendas de que no concurren los presupuestos fácticos, entonces hay una agresión ilegítima y contra ella cabe legítima defensa, con independencia de que la infracción dolosa sea o no ostensible y evidente (es decir para todos).
- Si aunque ello no sea evidente y manifiesto por alguna razón concreta el defensor sabe que el funcionario actúa dolosamente, cabe la legítima defensa (ejemplo del apuñalado y el policía que quiere vincular al transeúnte que lo encuentra tirado, porque le tiene bronca).

del riesgo permitido. Si un funcionario sólo pudiera actuar cuando tuviera la absoluta certeza de la presencia de los presupuestos necesarios, esto haría imposible en amplias zonas el cumplimiento de las tareas estatales.

- Si el error de la autoridad por no haber observado en su examen la diligencia debida es imprudente, entonces la actuación es ciertamente antijurídica, pero al no ser dolosa no constituye una agresión y por lo tanto no cabe legítima defensa¹⁰⁴. Si cabrá, en cambio, estado de necesidad contra ella.

Cerezo Mir objeta estas posturas, y sostiene que llevan a consecuencias inadmisibles en la delimitación del ámbito de la legítima defensa.

Siempre que se trate de actos de funcionarios que constituyan delito y no sean evidentemente antijurídicos, la licitud de la resistencia de- pendería de que el funcionario haya observado el cuidado debido al examinar la situación.

Para el discípulo de Welzel, es imposible para el particular conocer, con un margen mínimo de seguridad, si concurren o no dichos ele- mentos subjetivos o si el funcionario obró o no de buena fe¹⁰⁵.

Contesta las objeciones relativizando su importancia, diciendo sim- plemente que, en verdad, no hay ningún problema, ninguna dificultad insuperable, pues aunque el particular no tenga medio de saber cuál es la voluntad del funcionario, sólo son concebibles las siguientes hi- pótesis:

- Que lo que el particular supone coincide efectivamente con el ánimo real del funcionario. En este caso no hay ningún problema.
- Que la voluntad que el particular le supone al funcionario no coincide con la que éste tiene en realidad. En este caso se apli- carán las reglas del error, tanto directo como inverso.
- Si el sospechoso inocente cree erróneamente que el policía lo detiene dolosamente, a sabiendas de que es inocente, no le cabrá legítima defensa sino en todo caso estado de necesidad, y a esta actuación en error le son aplicables las reglas de la legítima defensa putativa.

¹⁰⁴ Es bueno recordar en este punto que Luzón Peña sostiene que, para que la agresión sea considerada tal, debe ser dolosa y no culposa.

¹⁰⁵ Conjetura y explica Luzón Peña que tal vez para precaverse de esta crítica, Maurach y Bar exigen para considerar antijurídica la agresión del funcionario que la infracción de su deber de diligencia sea indudable y evidente (con ello quedaría excluida la legítima defensa putativa contra los servidores del Estado).

- Si cree que obra con la debida diligencia o imprudentemente, y pese a su creencia se defiende contra la detención (sobrepasando los límites del estado de necesidad, y posteriormente se pone de manifiesto que el policía actuaba dolosamente, sabiendo que el sospechoso era inocente), nos encontramos frente a un idéntico caso al del cazador que dispara contra su amigo sin saber que éste en ese momento se disponía a su vez a matarlo. Es decir, concurre una situación objetiva de legítima defensa, por lo que desaparece el desvalor de resultado, pero al no tener el agente conciencia de ello, obra dolosamente y subsiste el desvalor de acción.

B) *Órgano estatal que actúa cumpliendo el mandato de un superior*

Cuando el funcionario obra en obediencia debida a un mandato conforme a Derecho, no surge el menor problema para afirmar que el ejecutor obra también conforme a Derecho, por lo que su conducta no puede ser una agresión antijurídica. La discusión surge cuando el mandato que se ejecuta es, por alguna razón, antijurídico. Sin agotar el tema de la obediencia debida a los mandatos antijurídicos, dice que los supuestos que se pueden plantear son fundamentalmente dos: ejecución de una *sentencia* y ejecución de una *orden o resolución* del superior.

a) *Ejecución de una sentencia antijurídica*

Inicia su disertación sobre este punto asumiendo que en estos casos resulta más problemático admitir la legítima defensa. Si la sentencia aún no está firme y caben recursos contra ella, todavía no se va a proceder a su ejecución. En tal virtud, al no existir peligro para los bienes jurídicos no hay agresión ni necesidad de defensa. Si en cambio la sentencia es firme, sólo existen algunos casos excepcionales en el Derecho Procesal Penal en que ni siquiera la firmeza del fallo sana un vicio del mismo.

Se trata, según la opinión del autor, de algunos defectos de competencia como si, por ejemplo, un juez de faltas condenara por delito. En estos casos, dice, la sentencia no será obligatoria, por lo que si

cabrá legítima defensa contra su ejecución. Por lo demás, las sentencias firmes son siempre obligatorias concretamente desde el punto de vista material, aunque su contenido sea injusto. La ejecución de una sentencia se justifica entonces por la obediencia debida y así no habrá agresión antijurídica contra la que quepa legítima defensa.

Para evitar el injusto material que pudiera producir una sentencia están previstos los recursos, pero si ellos no se utilizan, o se agotan sin éxito, la sentencia adquiere firmeza y es considerada obligatoria e intangible.

La pretensión del particular de ejercer libremente su correspondiente derecho ha sido suprimida entonces de un modo formalmente "inatacable". Por estas razones la mayoría de la doctrina afirma que no es agresión antijurídica la ejecución de una sentencia firme, aunque sea materialmente injusta, y que no cabe legítima defensa contra ella.

Concluye Luzón Peña diciendo que contra la ejecución de una sentencia firme pero materialmente antijurídica, al subsistir en su ejecución el desvalor del resultado, cabe, por las razones ya expuestas, estado de necesidad y no legítima defensa.

b) *Ejecución de una orden o resolución contraria a Derecho*

Cuando se trata de la ejecución de una orden o resolución contraria a Derecho, se puede admitir o negar la legítima defensa contra tal ejecución.

Quiénes la admiten se basan en que una orden contraria a Derecho—en su contenido o por carecer de una forma necesaria o de competencia—no es obligatoria, y por lo tanto el ejecutor ni siquiera está amparado por la eximente de obediencia debida.

Aunque la orden antijurídica haga obligatoria su ejecución, se considera que ésta, no por ello, se convierte en conforme a Derecho, sino que está meramente disculpada. Pero, como sigue siendo una agresión antijurídica, cabe legítima defensa. Es decir, al tener que decidir entre la alternativa de si la acción de ejecución es lícita por ser obligatoria para el inferior, o por el contrario ilícita por ser antijurídica la orden, se opta por esta última posibilidad. La razón obedece a que si el superior no tiene poder para obrar antijurídicamente, menos lo podrá tener el

inferior. Lo que es injusto en su causa no se puede convertir en justo porque sea otro quien lo realice. Es imposible que una orden antijurídica experimente una "novación" de su carácter y se convierta en jurídica sólo porque se realice a través de un instrumento humano. No es posible que la obligatoriedad de la orden antijurídica haga lícita su ejecución porque de ser así el superior con potestad de dar órdenes podrá, de ese modo, dejar sin vigor el orden jurídico.

De todos modos, sostiene Luzón Peña que el argumento decisivo pasa por afirmar que no cabe legítima defensa sencillamente porque la agresión del funcionario ejecutor no es antijurídica. La razón de ser de que, aunque un mandato sea antijurídico, el Derecho imponga como obligatoria su ejecución (que queda si amparada por la obediencia debida) estriba en que en determinadas circunstancias de no demasiada gravedad la infracción de normas jurídicas tiene menos importancia para el Derecho que el mantenimiento del poder y la disciplina frente a los mandatos de la autoridad.

Puede ocurrir que una conducta amparada por la obediencia debida produzca un resultado injusto (cuando la orden sea de contenido antijurídico). Pues bien, en ese caso se puede mantener que subsiste el desvalor de resultado pero que la causa de justificación hace desparecer el desvalor de acción.

En otro aspecto, para determinar qué mandatos antijurídicos son obligatorios, comparte la idea de Cerezo Mir de acudir al Derecho Administrativo y sostiene que no son obligatorios los actos nulos, mientras que los actos anulables o los meramente irregulares sí son eficaces y obligatorios.

En consecuencia, si la orden es nula por incompetencia manifiesta (territorial, funcional), cabe legítima defensa contra su ejecución, que al no ser obligatoria es una agresión antijurídica. No lo será, y tampoco cabrá legítima defensa, si la orden es sólo anulable por incompetencia jerárquica.

Cabrá legítima defensa contra la ejecución de la orden nula por prescindir completamente del procedimiento legal o infringir las normas sobre reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, pero no contra la ejecución de una orden anulable o irregular por cualquier otro defecto de forma.

En el plano material, cabe legítima defensa contra la ejecución del mandato nulo por ser su contenido imposible o constitutivo de delito. En cambio, la ejecución de un mandato anulable por contener cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico es obligatoria y por lo tanto lícita, sin que quepa legítima defensa contra ella.

Finalmente, Gimbernat Ordeig estima, según lo cita el autor, que si la acción cubierta por una causa de justificación es valiosa, por ejemplo, por obediencia debida, no cabe estado de necesidad contra ella¹⁰⁶, porque una situación valorada positivamente no puede ser suprimida mediante la lesión de un bien jurídico penalmente protegido, a lo que Luzón Peña agrega que la ley habla de "mal" y algo positivamente valorado no puede ser considerado un mal.

Sin embargo, dice Luzón Peña, hay que hacer una salvedad: en la legítima defensa, donde la conducta está valorada positivamente, no hay desvalor de resultado, puesto que el bien lesionado al agresor no es un bien jurídicamente protegido en concreto, y por el contrario se produce un doble resultado valioso: la defensa del bien jurídico y del Derecho.

Es indudable que no se puede hablar de que la legítima defensa causa un mal. Este principio es aplicable a los supuestos "normales" de cumplimiento de un deber y de obediencia debida, en que no sólo la conducta está positivamente valorada (hasta el punto que el Derecho la impone como obligatoria) sino que no hay desvalor de resultado, porque el bien lesionado no es un bien jurídicamente protegido en concreto (no lo es, por ejemplo, la libertad del delincuente ante la detención in fraganti efectuada por un policía).

Pero si el funcionario ejecuta una orden anulable por ser antijurídica en su contenido, y con ello causa un resultado injusto, subsiste el desvalor de resultado, sólo que no hay desvalor de acción porque la conducta del funcionario ejecutor de la orden, por una serie de razones, es considerada por el Derecho como positivamente valorada, hasta el punto de imponersele como obligatoria.

En estos casos, se podría aceptar, dice Luzón Peña, que, aunque la acción fuera valiosa, amenaza causar "un mal"—un resultado des-

¹⁰⁶ Cerezo Mir piensa exactamente lo contrario.

valorado— y que, por lo tanto, el particular puede reaccionar dentro de los límites del estado de necesidad¹⁰⁷.

b.1) *Otras opiniones*

Para Maurach, la cuestión de la orden vinculatoria en materia de servicio ha experimentado transformaciones, pero de todas maneras se ha impuesto también en el Derecho de órdenes la convicción acerca de la necesidad de una distinción: la orden de servicio lícitamente dictada funda una causal de justificación para el subordinado que actúa. Al contrario, una orden anti-jurídica no produce ese efecto. El subordinado que cumple una orden anti-jurídica actúa también anti-jurídicamente, al igual que el superior que la expide.

Si realmente existen órdenes anti-jurídicas vinculatorias para el subordinado y el enjuiciamiento de su actuación, no estaríamos en presencia ya de una cuestión propia del enjuiciamiento del hecho, sino del autor, una materia propia de la teoría de la atribuidibilidad y no de la anti-juridicidad¹⁰⁸.

La orden lícita justifica, razona el autor, porque al ejercer la facultad funcionaría en cuyo cumplimiento todo acontece se impone la voluntad del ordenamiento jurídico mismo. Por lo tanto, una orden no es otra cosa que la comunicación de la voluntad del ordenamiento jurídico al órgano llamado a su ejecución inmediata; si esa orden contradice el Derecho, no es posible aceptar su ejecución por la mera circunstancia de que aquel que ordena el ilícito se valga de un instrumento. Es decir, ello no puede ser modificado por la existencia de una vía de instancias en la orden, ni por la fuerza vinculatoria de la orden

¹⁰⁷ En la nota 625 dice que la situación es la misma que la del caso fortuito: una acción positivamente valorada causa un resultado desvalorado.

¹⁰⁸ Para Maurach, la anti-juridicidad entraña un juicio sobre el hecho, no sobre el autor, en tanto que el juicio de ilícito se conecta a la función de valoración, a la que se someten todas las circunstancias vitales y, en especial, las acciones humanas, sin consideración de la capacidad de determinación que pueda o no tener el autor (concepción objetiva del ilícito). El reconocimiento de los llamados elementos subjetivos del ilícito o del tipo es perfectamente compatible con la teoría del ilícito sin culpabilidad, a partir de una concepción libre del dolo, es decir sin consideración de su relevancia en la culpabilidad.

para el subordinado. La concepción contraria debería llegar al resultado de que una orden sería más lícita mientras más instancias no responsables atravesara. Mientras más burocrática y autoritaria sea la organización estatal, más infalible será el acto estatal, erróneo en su origen.

La concepción que defiende Maurach corresponde a la doctrina dominante¹⁰⁹. Sólo en forma ocasional, nos informa el autor, se sostiene hoy la existencia de una transformación, es decir, una suposición de la licitud de una acción ejecutada de buena fe basada en una orden vinculante¹¹⁰.

Mezger, por su parte, interpreta que no actúa antijurídicamente el que procede en virtud de un mandato legítimo obligatorio. El que obra en virtud de un mandato antijurídico obligatorio queda exculpado y en consecuencia impune.

En cambio, un mandato antijurídico no obligatorio no ofrece a quien lo realiza ni una causa de exclusión del injusto ni una causa de exclusión de la culpabilidad. Si el mandato es conforme a Derecho y justifica por esto, aun exteriormente, la acción del sujeto, no hay antijuridicidad. Otra cosa ocurre en el caso en que el mandato sea antijurídico y al propio tiempo obligatorio para el inferior jerárquico. Al tiempo de preguntarse si existen tales mandatos, sostiene que esto parecería ser una contradicción. Pero aun así responde diciendo que no se puede negar que tal posibilidad en principio existe. La acción del subordinado no puede ser, aclara, conforme a Derecho, dado que no queda suprimida la antijuridicidad objetiva del suceso, si es que consideramos antijurídico el propio mandato y su contenido. Pero si el ordenamiento jurídico le otorga a este mandato un carácter obligatorio, no se puede, a la inversa, hacer reproche alguno al que obedece la orden.

La alternativa se soluciona, para Mezger, no concediendo al inferior jerárquico en estas circunstancias causa alguna de exclusión del injusto, pero sí una causa de exclusión de la culpabilidad. La circunstancia de que no queda eliminada luego la posibilidad de la legítima defensa

¹⁰⁹ Hirsch, Samson, Schönke y Schröder-Lenckner, Von Weber, Wegner.
¹¹⁰ De esta postura participan Mayer, Stratenwerth, Jescheck y Smidhäuser, quienes consideran justificada la conducta adecuada al mandato en los casos de mandatos vinculantes soberanos.

no puede modificar absolutamente nada, afirma categóricamente. En este caso (y también en otros), el ordenamiento jurídico obliga al subordinado a exponerse a un peligro. Es posible, y en gran escala, considerar equitativamente la situación de los intereses, obteniéndose así resultados que responden a la realidad de los hechos.

Otros doctrinarios aceptan que puede haber órdenes antijurídicos y, sin embargo, obligatorios, por lo que al ser obligatoria la ejecución, al realizarse en virtud de obediencia debida, tal obligatoriedad supone un efecto justificante para la acción de ejecución, que por ello es lícita y, en consecuencia, al particular no le cabrá legítima defensa.

Hay actos antijurídicos de la autoridad que son obligatorios, pero si contra el acto de ejecución no cabe legítima defensa es porque de lo contrario se llegaría a la conclusión absurda de que el funcionario que recibe la orden antijurídica obligatoria estaría obligado a cumplirla y las personas afectadas por su cumplimiento o un extraño podrían ejercer el derecho de legítima defensa.

La discusión de si una orden antijurídica obligatoria le proporciona al funcionario que la ejecuta una causa de justificación o de exculpación actualmente ha quedado sin objeto para Roxin en muchos campos en virtud de la regulación del Derecho positivo, que ha declarado expresamente que no es obligatoria la orden antijurídica. Así, el funcionario sólo ha de ejecutar una orden de su superior en la medida en que la conducta que se le encomienda no sea punible ni constituya una contravención ni vulnere la dignidad humana. No obstante, asume que aún no se ha eliminado totalmente del Derecho vigente el deber de ejecutar acciones punibles, si el subordinado no puede reconocer la punibilidad, en cuyo caso la orden sigue siendo obligatoria. Ello es materialmente equivocado para el autor, pero reconoce que debe aceptarse en virtud del Derecho vigente.

En caso de divergencia entre el superior y el subordinado, la orden continúa siendo obligatoria, aunque posteriormente se pruebe que tenía razón el subordinado al suponer que la acción era punible. Es circunstancial a la relación jerárquica que en caso de duda la última palabra la tendrá el superior, al que también le corresponde la mayor competencia material en la mayoría de los casos. Sólo se produce una excepción en caso de que

la decisión del superior ya no sea sostenible en el aspecto fáctico o en el jurídico y por lo tanto sea evidente la punibilidad de la conducta ordenada.

Nos recuerda Roxin que un sector sostiene que las órdenes y man-

datos dirigidos a una conducta antijurídica tampoco son obligatorios en el resto de los casos (la orden a un funcionario de realizar una acción civilmente antijurídica) y que la falta de sanción del cumplimiento de tales obligaciones no significa que sean obligatorias. Esta

posición hace posible una solución seductoramente sencilla y perfecta de acuerdo a su visión de las cosas, pero no obstante aclara que no es compatible con el tenor literal de las correspondientes leyes.

La regulación del Derecho funcional dice equivocadamente que el funcionario subordinado que tenga reparos en cuanto a la licitud de la orden tiene que exponérselos a sus superiores y si pese a todo ello confirman la orden, el funcionario debe ejecutarla. Esto no puede in-

terpretarse sino en el sentido de que la orden es vinculante.

Es obvio para el autor alemán que no se puede exigir responsabilidad al funcionario que tiene que ejecutar una orden antijurídica. Pero la ley escrita no resuelve el problema de si el mismo está justificado o solamente disculpado, a pesar de que de ello depende la cuestión de si el ciudadano afectado tiene o no derecho a la legítima defensa frente a la ejecución de la orden.

La concepción correcta es la que entiende que la orden vinculante supone una causa de justificación para el subordinado, aunque excepcionalmente ella sea antijurídica.

En tal situación concurre en la persona del subordinado un supuesto

de colisión (que habría que juzgarlo conforme al art. 34 de nuestro Cód. Pen.) en el que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas (colisión de deberes, uno de acción y otro de omisión). En dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del funcionario, si se trata de infracciones poco importantes, frente al interés de evitar el injusto. En cambio, si se trata de infracciones más graves (como puede ser si se vulnera el Derecho Penal o la dignidad humana), tiene prioridad el interés de evitar el injusto.

Frente a esto no convencen a Roxin las razones aducidas por la teoría de la exculpación. No es cierto que el superior que imparte la

orden antijurídica pueda transformar lo injusto en Derecho, sino que su conducta (y con ello la actuación del Estado) sigue siendo constitutiva de injusto, aunque se lleve a cabo por medio de un instrumento que obra conforme a Derecho.

Lo que sí es cierto es que la obligatoriedad de la orden antijurídica le priva al ciudadano del derecho a la legítima defensa frente al ejecutor del mandato, derecho que en cambio habría tenido frente a la actuación del personal superior. Pero ello no implica la menor contradicción, pues al interponer a un tercero obligado a obedecer se añade a la situación un nuevo elemento de ponderación que hace que se resuelva de modo distinto la decisión sobre la admisión del derecho de legítima defensa. Con ello no se le exige nada intolerable al ciudadano: primero, porque le exime del deber de soportar graves daños el hecho de que una orden antijurídica dirigida a menoscabar bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal (desde la libre disposición de la morada hasta la propiedad o la integridad física) de entrada ya no es obligatoria; segundo, porque el ciudadano tiene en el Estado un deudor seguro y con capacidad de pago respecto de los perjuicios que se le hayan irrogado, y tercero, porque frente a la ejecución de una orden antijurídica se puede justificar por el artículo 34 una resistencia defensiva del afectado, si se actúa enjuiciando correctamente la situación jurídica.

2. Empezando a definir las cosas. El correcto tratamiento dogmático de los elementos del deber jurídico del autor

a) La naturaleza de los elementos del deber jurídico

Roxin sostiene en este punto que los elementos del deber jurídico resultan ser una cantidad de elementos de diversas especies que no se diferencian en forma clara de los demás elementos del tipo. Todos "los puros elementos de la antijuridicidad" (en el sentido de Welzel) son normativos, en tanto que ninguno de ellos se realiza "en el mundo exterior", todos requieren ser comprobados mediante un juicio de valor, sólo son comprensibles "espiritualmente" y comparten todas las características conceptuales de los elementos normativos. Pero, aun así, los elementos del deber no pueden caracterizarse suficientemente sólo mediante su normatividad.

Casi todos son de carácter puramente público (el ejercicio legítimo del cargo, concretamente, lo es) y pertenecen a la esfera del Derecho. Se destacan con respecto a los elementos normativos específicos-jurídicos por su relación con la antijuridicidad. Por regla general, el conocimiento de un elemento del tipo, aunque se trate de elementos de naturaleza jurídico-normativa, no se vincula directamente con el conocimiento de la antijuridicidad. Se comprenden por un acto espontáneo, el cual sin embargo no proporciona el conocimiento del deber. En la legitimidad en el ejercicio del cargo, continúa reflexionando Roxin, si el autor sabe que el funcionario a quien él se resiste está obrando en el legítimo ejercicio de su cargo, no es posible que obre con error de prohibición.

Es decir, el conocimiento de la legitimidad de la acción del funcionario incluye en sí la conciencia de la antijuridicidad.

Este juicio no se apoya, destaca Roxin, en una probabilidad de estadística sino en certeza lógica, puesto que está ya en la esencia de la cosa que la resistencia contra la acción adecuada a Derecho de un funcionario tiene el carácter de contrario a Derecho y por lo tanto de antijurídica. Nos aclara el autor: si yo sé que el funcionario tiene autorización del orden jurídico para obrar en mi contra, no puedo suponer a la vez tener en mi favor una autorización jurídica para defenderme de él. Entonces, reflexiona, es característico del elemento "legitimidad del ejercicio del cargo" el crear dificultades para una clara separación del tipo y la antijuridicidad en un sistema que así lo requiera.

Y como prueba de ello argumenta que ya Beling se ocupó de este problema, sosteniendo que la "legitimidad en el ejercicio del cargo" es elemento del tipo sin conceder que en estos casos la conciencia de la realización del tipo y la de la antijuridicidad coinciden. Sin embargo, la circunstancia, que la conciencia de que el funcionario actúa en el legítimo ejercicio del cargo esté acompañada en todos los casos con certeza lógica de la conciencia de la antijuridicidad, constituye para el profesor alemán una propiedad de estos elementos que los diferencia de las circunstancias típicas comunes (inclusive aquellas de naturaleza jurídico-normativa).

El conocimiento de tales elementos, insiste, significa para el autor siempre o por lo menos en la mayoría de los casos la conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica; por el contrario, ni las circunstancias de hecho individualmente consideradas ni el conjunto de ellas resultan adecuados para transmitir al autor la conciencia de la antijuridicidad.

La expresión elementos del deber jurídico debería designar todos los elementos que ponen al autor en conocimiento directo de su deber jurídico. Si los elementos del deber jurídico se consideran en principio un grupo diferenciable del resto de las circunstancias de hecho en el sentido descrito se presenta inmediatamente la cuestión de si, a pesar de esa diferencia, es posible todavía, a causa de sus elementos en común, considerarlos como componentes del tipo penal, o bien integrarlos a la antijuridicidad.

Roxin dice que si los elementos de naturaleza descriptiva del hecho se consideran elementos del tipo, tal como básicamente lo hace Welzel, los elementos del deber jurídico pertenecerán al tipo penal en la medida en que no se diferencien de las circunstancias de hecho normativas. De esta manera, estos elementos deben ser abarcados por el dolo y se caracterizarán frente a las otras circunstancias de hecho (también normativo-jurídicas) porque en virtud del conocimiento de ellas en la mayoría de los casos el autor deducirá con necesidad lógica la prohibición de su hecho.

Este rasgo esencial de los elementos del deber jurídico consistente en expresar en el caso normal el desvalor jurídico que recae sobre la totalidad del hecho es de todos modos una propiedad que según la teoría de Welzel y la opinión preponderante tendría que fundamentar su pertenencia a la antijuridicidad. Los elementos del deber jurídico tienen por tanto una doble faz: describen el hecho y por otra parte albergan en sí el juicio de antijuridicidad.

El gran mérito de Welzel es, para el autor, el de haber puesto de manifiesto por primera vez esta característica especial. Su concepción, según la cual se trata de *puros componentes de la antijuridicidad*, no es compartida por Roxin en razón de lo expuesto precedentemente aunque permanezca dentro del mismo campo conceptual.

Al contrario, se trata de circunstancias en las cuales la descripción y la valoración jurídica del hecho total, lo que según las propias premisas de Welzel se corresponde con la distinción entre elementos del tipo y de la antijuridicidad, se hallan entrelazadas. Tales extremos no han sido reconocidos ni por Welzel ni por los críticos de su teoría, que ven en los *elementos del deber jurídico* elementos del tipo comunes, en virtud de sus similitudes con las circunstancias de hecho.

Si se atribuye al tipo una función individualizadora y al juicio de antijuridicidad una función valoradora, la comprobación de la adecuación típica se da juntamente con la de la antijuridicidad; la lesión al deber fundamenta al mismo tiempo el contenido de injusto del comportamiento, de forma tal que la adecuación típica y la antijuridicidad están inseparablemente ligadas una con la otra.

En resumen, la esencia de los elementos del deber jurídico no reside para Roxin en las particularidades destacadas por Welzel y Kaufmann (elementos que ponen al autor en conocimiento de su deber jurídico). La esencia de los elementos del deber jurídico consiste en que el conocimiento de tales elementos, por regla general, implica necesidad de tal conocimiento. Los elementos del deber jurídico comprenden, a pesar de su carácter descriptivo del hecho, al mismo tiempo la antijuridicidad.

De acuerdo a lo que se viene analizando hasta el presente en este trabajo, existen tres posibilidades para el tratamiento de estos elementos: a) Considerarlos como elementos del tipo; b) considerarlos como momentos o reglas de la antijuridicidad; c) considerarlos como una condición objetiva de punibilidad.

Es conveniente aclarar que, como se habrá advertido, para Roxin ninguna de estas tres consideraciones puede ser tenida por satisfactoria. Aplicando el razonamiento del autor alemán, podemos transcribir las siguientes conclusiones a las que arriba:

a) *El deber jurídico del autor como elemento del tipo*: Se exigiría entonces que el tipo abarcara todos los elementos determinantes de lo injusto. Al mismo tiempo se debería incluir en el tipo penal la valoración total del hecho, es decir la antijuridicidad formal. De esta manera, el tipo tendría un contenido mayor que el que permite la teoría de la

culpabilidad. La conciencia de la antijuridicidad se convertiría, desde este punto de vista, en presupuesto de la punibilidad y en la concepción finalista, inclusive, en presupuesto de la adecuación típica. El juicio de antijuridicidad ya no resultará consecuencia sino elemento de la realización del tipo.

Tal resultado sería consecuente sólo en el caso en que la antijuridicidad se concibiera como elemento del tipo.

b) *El deber jurídico como momento o regla de la antijuridicidad:*

Esta solución despoja, destaca Roxin, al tipo penal de los elementos determinantes de lo injusto, de los cuales éste no puede prescindir. Todas las circunstancias determinantes de lo injusto (= elementos del tipo) constituirán en conjunto la antijuridicidad, por lo que el juez, una vez comprobada totalmente la adecuación típica, deberá emitir el juicio que determine si la acción es o no antijurídica. Reflexiona Roxin que la resistencia a un funcionario de ejecución violentamente presenta casos en los cuales ni el juez ni el legislador podrían afirmar sin más que el hecho es antijurídico, pues el suceso esquematizado en el tipo no comprende todos los elementos decisivos para lo injusto. Los elementos del deber jurídico, concebidos como componentes de la antijuridicidad, susstraen al tipo penal elementos descriptivos, pues todas las circunstancias determinantes de lo injusto tienen a la vez carácter descriptivo. Por tanto, los elementos del deber jurídico tratados como elementos del tipo recargan a éste con elementos que le son impropios, pero tratados como elementos de la antijuridicidad, lo privan de circunstancias que le son propias. En el primer caso, el tipo tendría todos los elementos condicionantes de lo injusto pero también, además, la antijuridicidad; en el segundo caso le faltaría no solamente la antijuridicidad, sino también los elementos descriptivos y determinantes de lo injusto¹¹¹.

c) *El deber jurídico como condición objetiva de punibilidad:* Habría que aceptar en este aspecto que estas supuestas condiciones objetivas de punibilidad contendrían presupuestos de lo injusto, sustraídos ilegítimamente al tipo. La antijuridicidad y la culpabilidad serían inde-

¹¹¹ *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, versión castellana del profesor Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 212.

pendientes de la existencia de los elementos del deber jurídico, lo que resulta evidentemente falso, y además lesiona el principio de culpabilidad porque conduce a la punibilidad de los errores no culpables sobre elementos del deber jurídico.

La caracterización de todos los elementos del deber jurídico como condiciones objetivas de punibilidad es lisa y llanamente, para el autor, insostenible.

b) *La solución está en el punto medio*

Afirma Claus Roxin que en los elementos del deber jurídico, en verdad, se entrelazan elementos que sirven a la descripción con otros que son determinantes de lo injusto. Es decir, se mezclan elementos típicos con circunstancias que tienen una función valoradora general y que sólo pertenecen, por tanto, a la antijuridicidad. Esta afirmación conduce a la conclusión de que la verdad está en buscar un equilibrio.

Una solución sobre la base de la teoría de la culpabilidad dominante puede admitir, sin dificultad, la división de los elementos del deber jurídico de forma tal que la parte determinante de lo injusto se incluya entre los elementos del tipo y el elemento que contiene la antijuridicidad formal pase a formar parte de la antijuridicidad. Parece razonable así concebir un tipo descriptivo de lo injusto como lo propone Roxin en los que se agrupan ambas especies de elementos y proceder en la resolución de los casos concretos comprobando primero el tipo fundamador de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto.

Los presupuestos bajo los cuales un funcionario puede excederse son circunstancias que deben verificarse en el momento de la comprobación de la adecuación típica. Es irrelevante si se trata de circunstancias de hecho del tipo indiciario o de presupuestos de la justificación. Es cierto que frente a la teoría de Welzel, el tipo de estos delitos resultará ampliado, pero podría aceptarse una excepción sin alterar la esencia de su ciencia.

Para la teoría del error esto significa que el error sobre un elemento del deber jurídico es un error de tipo en la medida en que la falsa representación se refiera al elemento descriptivo y determinante de lo injusto.

Habría error de prohibición cuando el autor, con completo conocimiento de las circunstancias decisivas para lo injusto, yerra sobre la prohibición de la acción.

A partir de esta consideración, por ejemplo, quien resiste una detención policial, en la creencia de que se dan circunstancias que, de concurrir, harían admisible la resistencia, actúa en error de tipo.

En todos aquellos casos en los que la resistencia tiene lugar con claro conocimiento de la situación, pero en virtud de consideraciones jurídicas erróneas sobre la adecuación del derecho a la acción (quien siendo sospechoso de la realización de una acción punible se niega a acreditar su personalidad porque se siente inocente), el autor yerra solamente sobre la antijuridicidad de su acción, puesto que se cree autorizado, como inocente aunque sospechoso, a resistir una actuación policial.

Parece bastante claro que el error sobre el deber proveniente de una valoración jurídica falsa del hecho total no puede, en este caso, excluir el dolo.

Si la "ilicitud del ejercicio del cargo" se tratara sin limitación alguna, como elemento del tipo, la conciencia de la antijuridicidad sería prácticamente un componente más del tipo subjetivo.

El único fundamento por el cual los tribunales alemanes consideran "la ilicitud del ejercicio del cargo" como una condición objetiva de punibilidad, recordemos, ha sido la necesidad de proteger suficientemente al funcionario ejecutor.

Ello no parece ser, paradójicamente para Roxin, una justificación suficiente.

Si el error sobre la legitimidad del ejercicio del cargo constituye un error de prohibición, no excluye sin más la punibilidad.

Si lo que se quiere es limitar, en interés de la protección del funcionario, las posibilidades de un error de tipo, propone Roxin ampliar el deber del particular de soportar el comportamiento antijurídico de los funcionarios.

Así, exigiendo tolerar actos administrativos objetivamente defectuosos e injustificados, el funcionario obrará en el legítimo ejercicio de su cargo y el error del particular sobre la autorización a resistirse será

un puro error sobre el deber. Si alguien cree, continúa su razonamiento, que esos defectos o errores lo autorizarían a resistir, se hallaría en error de prohibición, teniendo el conocimiento total de las circunstancias decisivas que fundamentan la antijuridicidad de su acción.

De esta forma, la protección del funcionario mediante la necesidad de punibilidad de quien se resiste quedaría asegurada en la mayoría de los casos por esta vía alternativa y sin violentar el principio de culpabilidad.

El funcionario sólo se hallaría, según esta concepción de Roxin, "desprotegido", no ya cuando quien se resiste ha supuesto alguna circunstancia que tornaría incorrecta la acción del funcionario, sino cuando el particular ha creído erróneamente en la existencia de circunstancias que de existir dejarían sin efecto su deber de tolerar el comportamiento del funcionario, sin que sea necesario acudir a las condiciones objetivas de punibilidad.

En otro aspecto, existe acuerdo en que no puede aceptarse la existencia de una acción dolosa cuando el autor no ha reparado que resiste en contra de un funcionario, porque cree que se halla fuera de servicio o que se trata de un ladrón disfrazado. Tampoco se dará aquí la punibilidad. En los demás casos de circunstancias que fundamentan el deber de tolerar la acción de un funcionario debería ocurrir lo mismo. Los errores de tipo que recaigan sobre la legitimidad del ejercicio del cargo son para Roxin "tan raros" que no existe peligro alguno a tener en cuenta.

El peligro de un error sobre los presupuestos objetivos del deber de tolerar, que es muy pequeño (de prohibición), podría ser evitado si todo funcionario, como es deseable en la idea de un Estado de Derecho, explicara al particular el fundamento de su acción. De esta manera, la posibilidad de errores relativos a la situación de la cual surge la autorización para intervenir quedaría prácticamente excluida.

IV. La conclusión

1. La respuesta a las hipótesis

El presente trabajo, que ha pretendido ser de investigación, ha par-

tido de una hipótesis principal, orientada a confirmar si es posible actuar en el marco del derecho a la legítima defensa en aquellos casos en que el funcionario se ha excedido en el ejercicio de sus funciones, tomando en lícita la conducta de quien, en otras oportunidades, sería responsable del delito de resistencia a la autoridad (art. 239, Cód. Pen.).

Subsidiariamente, se ha planteado cómo es posible caracterizar el "ejercicio legítimo de las funciones" al que alude el mencionado tipo legal y qué influencia traería ello aparejado en la resolución de los conflictos.

En mi opinión ha quedado demostrado que en la actualidad, tanto en la doctrina nacional como en la alemana y española, existe un generalizado consenso en rechazar la idea de que el ciudadano deba tolerar la indebida intromisión estatal sobre sus bienes jurídicos, simplemente porque la actividad gubernamental se encuentre sustentada en dos pilares: *la presunción de certeza y el principio de autoridad de los que gozan los actos*.

Ello es así porque, en mi modo de ver las cosas, la extralimitación en las funciones propias del cargo trae aparejada, si se me permite un juego de palabras, la deslegitimación de la fuente de legitimidad estatal: *el actuar conforme a Derecho*.

Entonces, la invasión de atribuciones y bienes jurídicos ajenos, es decir la coacción estatal, ya no puede justificarse en tales casos, pues no está cumpliendo con uno de sus fines por el que pretende velar a través de sus órganos y de los individuos que lo personifican. La protección o permiso del legislador tiene un límite, cual es, precisamente, *la legitimidad en el ejercicio del cargo*. Todo aquello que no se ha previsto, que va más allá de la autorización, que la transgrede, no puede tener, por más que quien ejerce la coacción sea el Estado, protección legal. No resulta lógico aceptar que, por un lado, se formule una acusación de culpabilidad contra el funcionario público por su comportamiento al margen de la ley y al mismo tiempo se realice otro juicio paralelo de responsabilidad para quien opuso resistencia a su acometimiento por vulnerar la norma del artículo 239 del Código Penal. Si bien quienes profesan esta idea sostienen que la cuestión debe debatirse en los tribunales, si el funcionario no es imputable ni a título

de dolo ni a título de culpa porque está amparado por la ley, aun en los excesos, no se advierte la razón por la que habrá que someterlo a proceso. De adverso, si es imputable, entonces hay contradicción en declarar delictuosos los actos que dentro de los límites de la necesidad tenderían a impedir la comisión de un delito. La idea de una "reparación ulterior" no satisface, pues desde un lugar todo puede ser reparable menos la muerte, y desde otro todo es irreparable, hasta un encarcamiento de pocos días.

La sociedad admite el principio de Derecho Natural, o si se quiere es el Estado quien considera lícita cualquier defensa, aun violenta, de los propios derechos, antes de ser lesionados o ante la inminencia de serlo, con el propósito de protegerlos dentro de los límites de la necesidad actual y sin excederse en los medios.

Sin embargo, esta teoría estaría relegando ese derecho, al obligar al ciudadano a tolerar la ofensa a sus prerrogativas, simplemente porque la agresión proviene del Estado, y porque eventualmente podrá obtener una reparación. Desde el momento en que una agresión ilegítima pone en peligro conjuntamente el bien jurídico y el orden jurídico, ya hay que hacer algo para protegerlos; es decir, ya hay necesidad de defensa con independencia de que el medio concreto que se estime necesario sea una actuación violenta o quizás la reparación mediante los recursos jurisdiccionales. Esto es indiscutible.

Pero sucede que esta última posibilidad de reparación es más que dudosa para el afectado, pues puede ocurrir que no la consiga, bien porque el agresor no esté en condiciones de ofrecerla, bien porque en cualquier caso no prospere su agravio. Y además, aparte de lo dudoso de obtener la reparación mediante recursos, no parece ser éste un medio de defensa: defensa significa proteger el bien jurídico (y el orden jurídico) impidiendo que la lesión a éste se consuma, y eso no lo puede lograr la *reparación*, que es posterior a la lesión.

Si bien uno de los cometidos de los funcionarios es hacer respetar los derechos con jerarquía constitucional, también deben respetarlos. Si esto no se verifica, no hay razón lógica alguna para seguir protegiendo al funcionario. Y a partir de esa ausencia de protección es posible aceptar que se repela la excesiva invasión, sin delinquir.

Argumentar frente a este derecho que las autoridades nunca pueden

acometer ilegítimamente se presenta como una afirmación meramente dogmática, y en algún punto contradictoria, cuando se dice que los recursos legales pueden corregir los abusos o errores de la autoridad, o que cercenar el principio de autoridad puede traer aparejado el "caos social". Desde algún lugar, todo puede modificarse judicialmente, aun entre particulares, pero ello será, como quedara dicho, en el mejor de los casos y de prosperar, una reparación, posterior a la lesión, pero de ninguna manera una defensa contemporánea a la puesta en peligro del bien jurídico, que es uno de los caracteres del derecho a la defensa, para impedir que la agresión que no se ha provocado se pueda ver finalmente consumada.

Es que los funcionarios del Estado también pueden acometer ilegítimamente a los ciudadanos. La agresión de la autoridad habrá de ser antijurídica cuando la acción contradiga al Derecho y no se base en el ejercicio legítimo de las atribuciones que le son propias. No olvidemos que, por su parte, el tipo penal del artículo 239 del Código Penal protege solamente los *actos de ejercicio legítimo de las funciones*, y que así está dejando claramente al margen del resguardo de la norma los que no lo sean.

En efecto, la norma penal nos exige que el delito se cometa contra un funcionario público o un tercero que le preste asistencia a requermiento de aquel o en virtud de un deber legal, pero siempre *dentro del ejercicio legítimo de sus funciones*, con lo cual si el comportamiento es ilegítimo no es posible que, quien lo repete, cometa delito.

Lo que resistiría el autor no es un acto de justicia, sino un abuso, una arbitrariedad o lisa y llanamente un delito.

Desde un punto de vista subjetivo, es evidente que no existe un propósito criminal, que es ineludible en la resistencia a la autoridad, pues quien repete la agresión no tiene intenciones de impedir un acto justo sino injusto, intentando mantener las cosas en el mismo estado en que se encontraban, previo a lo que considera como un acometimiento de sus derechos.

Así como se sostiene que el poder estatal ejercido de forma reglamentaria no constituye agresión ilegítima, cuando no sea así practicado no hay razón alguna para que no la configure.

En el afán de seleccionar una serie de pautas que nos permitan y faciliten calificar una determinada conducta como legítima y por lo tanto imposible de resistir sin delinquir, pero en todo caso renunciando de antemano a la búsqueda de "un criterio fijo" que, como se verá, se interpreta inconveniente, se puede pensar que quien lleva a cabo la acción debe ser competente material y territorialmente. Además, no debe apartarse del ámbito de las facultades a su cargo, y tiene que respetar las normas esenciales y la necesidad y proporcionalidad de la actuación. No considero de importancia exigirle un deber de examen, pues en cualquier caso su ausencia fundamentaría tan sólo una falta de cuidado que, como tal, no sería relevante.

De verificarse, si fuera el caso, que el funcionamiento actúa al margen de su competencia, no hay razón lógica o jurídica alguna para negar la agresión actual e inminente, y por lo tanto el derecho a quien padece la agresión que no ha provocado de ejercer la *legítima defensa*. Todo lo que cometa quien reacciona sobrepasando el marco de la simple resistencia, claro está, siguiendo las condiciones del instituto de la legítima defensa, no puede justificarse.

No debemos pasar por alto tampoco el límite temporal para aceptar la procedencia de la defensa necesaria: el acto ilegítimo debe estar muy próximo o haber comenzado a ejecutarse, pero no haber terminado. Recordemos que los actos posteriores a la consumación de la conducta arbitraria o ilegítima no pueden ser amparados por aquella causa de justificación, pues aunque se extienda a la tutela de cualquier clase de bienes, presupone siempre la necesidad de rechazar una agresión actual e injusta.

Ahora bien, por lo visto hasta el momento, pareciera que cuando el funcionamiento contradice con sus actos el ordenamiento jurídico, no se verifican problemas realmente relevantes para aceptar contra su actuación la legítima defensa del particular, fuera de los que este instituto pudiera traer aparejado operativamente.

Pero sucede que, a partir de las tesis de Cerezo Mir y de Luzón Peña, se ha demostrado la existencia de actos estatales antijurídicos pero obligatorios, que son los actos anulables, es decir aquellos que presentan alguna irregularidad, omisión o vicio que no impida la existencia de alguno de sus elementos esenciales y en la medida en que

el funcionario obre en obediencia debida al mandato de un superior. Estos actos gozan de ejecutoriedad, mientras no sea declarada su nulidad, y hasta entonces son eficaces, con sustento en su cobertura de autoridad y presunción de juridicidad. La importancia de esta teoría radica en que, a partir de su descubrimiento, ya no es posible sostener, sin más, que cuando el acto estatal sea antijurídico procederá contra él la legítima defensa, puesto que esta afirmación ya no es verdadera desde el campo del Derecho Público aplicado al Derecho represivo. Si se acepta el anterior aserto, es decir, la existencia de los actos estatales antijurídicos pero obligatorios en las condiciones mencionadas, podría un funcionario llevar adelante una orden antijurídica y al mismo tiempo hallarse en el legítimo ejercicio de sus funciones. En tales condiciones, el particular no podría resistir el acto sin vulnerar la norma que prevé el artículo 239 del Código Penal.

Se hace necesario, entonces, rediseñar o complementar el concepto, efectuando una diferenciación. Así podría decirse que los actos estatales que son anulables contradicen el ordenamiento jurídico. Si el funcionario actúa por sí mismo, llevándolo a cabo, su comportamiento constituirá, sin más, una agresión antijurídica en la medida en que se encamine hacia bienes jurídicos protegidos del destinatario, del ciudadano, quien en tal caso podrá ejercer legítima defensa contra la intrusión estatal.

Si el funcionario quiere evitar ello no debe cumplir con su deber actuando antijurídicamente. Si el acto es nulo, con más razón aún hay que aceptar la legítima defensa contra la actividad estatal. Los criterios de invalidez para diferenciar uno de otro derivan, recordemos, de la gravedad del vicio que afecta a sus elementos esenciales.

El funcionario está obrando en ambos casos (acto nulo y anulable) por propia decisión. No tiene deber de obediencia alguno, y por lo tanto no hay lugar para la "obligatoriedad" de la orden que pudiera transformar—desde su ejecución—lo ilícito en lícito. Como el acto que ha llevado a cabo no es válido (es solamente eficaz si es anulable) no existe posibilidad alguna de adecuarlo a Derecho.

Pero, en los casos en que se actúa cumpliendo el mandato de un superior, la situación es diferente. En estos acontecimientos, la legítima defensa será reconocida, entonces, sólo frente a un acto estatal anti-

jurídico, en la medida en que su cumplimiento carezca de obligatoriedad para el subordinado. De lo contrario, es decir, si es obligatorio para el subordinado, lo será también para el destinatario, para evitar que quien respeta el Derecho obrando en obediencia debida tenga que exponerse contradictoriamente al ejercicio del derecho a la legítima defensa.

Si su acción es obligatoria, no puede simultáneamente constituir agresión ilegítima.

Tampoco será aceptable invocar como solución alternativa un estado de necesidad, puesto que la ley habla de "males" para su admisibilidad, y si algo está positivamente valorado por esa misma ley, a punto tal que se considera lícito, no cabe dentro del concepto.

Para estos últimos supuestos ya no basta con que el acto sea anti-jurídico, debe serlo manifiestamente, o constituir delito o falta para, precisamente, carecer de esa obligatoriedad. De lo contrario no pro-cederá la legítima defensa contra ellos.

Es el deber de obediencia el que permitirá apreciar en la ejecución de la orden una causa de justificación que, por tal motivo, habrá de recubrir su acto inicialmente anti-jurídico de autoridad solamente en este aspecto, el del cumplimiento o ejecución.

Es decir, la esencia de la orden no se verá alterada, y si por la circunstancia que fuere el particular pudiera acceder a quien la dictó, contra él si procederá la legítima defensa, en la medida en que de su ejercicio pudiera derivar que el mandato fatalmente no se lleve a cabo, por algún motivo imaginable. No existe así ninguna "novación" en el carácter de la orden, ni se alimenta la idea de que a más burocracia mayor legitimidad, como dice parte de la doctrina. La orden sigue siendo anti-jurídica, pero lo que se asume que no lo es, en virtud de la causal de justificación que opera, y fundamentalmente de su autonomía, es su ejecución.

Este análisis debe quedar reservado para y exclusivamente a ciertas y determinadas circunstancias de poca "gravidad", frente a las que mantener el poder y la disciplina puede tener algún sentido útil. En estos casos, puede priorizarse frente al conflicto de intereses el de obediencia del funcionario.

En las restantes posibilidades, es decir frente a vicios más graves, parece preferible, entonces sí, evitar el injusto que en esos casos sí se cometería. Por ello este pensamiento no debe generalizarse. Por ello los "criterios fijos" deben rechazarse y sólo buscarse pautas que puedan aplicarse al análisis del caso concreto.

El desentlace injusto que pueda provocarse constituye sin lugar a dudas un desvalor de resultado, pero la causal de justificación hace desaparecer el desvalor de acción.

En cuanto a los denominados actos antijurídicos accesorios, es decir aquellos llevados a cabo en forma contraria al ordenamiento legal y paralela al acto propio del ejercicio legítimo de las funciones (golpear sin razón al detenido), éstos pueden ser resistentes definitivamente, sin que por ello deba interpretarse que la respuesta por las vías de hecho se dirige también contra la legítima acción principal.

Por otro lado, los errores sobre la concurrencia de los requisitos fácticos del deber de intervención no transforman en ilegítimo el comportamiento en la medida en que, considerada *ex ante*, la decisión se presentaría correcta.

En estos casos el deber funcional, el riesgo permitido y la adecuación social ofrecen un margen de contención para las equivocaciones razonables, realizadas con la diligencia objetivamente debida, en forma observadora, diligente y cuidadosa.

El funcionario no tiene la obligación de detener culpables sino personas sospechadas de culpabilidad. Entre una y otra pauta hay una diferencia bastante marcada.

Si esto falla, es decir, si faltan los presupuestos materiales y si el funcionario infringe las reglas básicas de formación de criterio, entonces sí habrá agresión antijurídica.

Como segunda alternativa, el error del funcionario sobre los alcances de la autorización jurídica lleva a que su conducta, sin más, sea ilegítima.

Para estos supuestos de error no tiene sentido distinguir si el funcionario lleva a cabo su comportamiento por su propia decisión o cumpliendo un mandato de un superior, puesto que, en ambos casos, será el ejecutor el que habrá errado.

En cuanto a la ejecución de una sentencia antijurídica, si no está firme, es decir si aún no es procedente su ejecución, no cabe la legítima defensa contra ella porque no hay "necesidad de defensa", y porque aún no es obligatoria.

Si lo está, pese a resultar injusta en su contenido, es obligatoria. Al haberse agotado todas las instancias legales, no puede constituir agresión ilegítima, y por lo tanto no se verifican los presupuestos para admitir el instituto que contempla el artículo 34, inciso 6° del Código Penal.

En otro sentido, e introduciéndonos a la consideración de la hipótesis subsidiaria, como se ha podido apreciar a lo largo del texto, no es tarea sencilla otorgar una significación precisa al vocablo "el ejercicio legítimo de las funciones", esto es a la autorización para que la autoridad pueda avanzar jurídicamente sobre los derechos y bienes jurídicos de los ciudadanos, en los casos y condiciones en que ello así se requiriera a partir de las funciones que le están reservadas. Ello es consecuencia de que en el coexisten elementos que hacen a la descripción del hecho, con otros determinantes de lo injusto, que tienen una función valoradora general.

Esto justifica las posiciones en doctrina que sostienen, como se ha visto, por un lado, que se trata de un elemento normativo del tipo, y por el otro, que se trata de un elemento del deber jurídico, es decir de aquellos que ponen en conocimiento directo del autor su obligación legal y que como tal pertenece a la antijuridicidad, posturas que, naturalmente, nos conducen a diferentes soluciones.

En el primer caso, la resistencia sería atípica; en el restante, como se ha visto hasta el momento, estaría justificada a través del instituto de la legítima defensa.

Ahora bien, si se aceptara, como sugiere Roxin, la división de los elementos de modo tal que lo determinante de lo injusto forme parte del tipo, y que el elemento que contiene la antijuridicidad formal se mantenga en la antijuridicidad, el tipo de injusto debería agrupar entonces ambas especies y transformarse en un doble juicio de comprobación: primero, fundamentador de lo injusto (relativo al dolo del autor); luego, el excluyente de lo injusto (conforme a lo establecido en

el ordenamiento jurídico), comprendidos en un "tipo total" de modo tal que sirvan de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal que constituye la esencia del tipo.

Al menos liminarmente no se advierten objeciones para esta postura, fundamentalmente a partir de que, como quedara dicho, en la legitimidad en el ejercicio del cargo, si el autor sabe que el funcionario a quien él se resiste está obrando legítimamente, no es posible que obre con error de prohibición, pues el conocimiento de la legitimidad incluye incuestionablemente la conciencia de la antijuridicidad.

Es claro que esta especie de delitos entraña un complejo problema para la dogmática penal y parece ineludible tener que acudir a excepciones para encontrar las soluciones para su debido tratamiento y estudio.

En el caso, todas las circunstancias descriptivas y determinantes de lo injusto, que aparecen comprendidas en los elementos del deber jurídico, serían también parte sistemática del tipo.

A partir de esta concepción, en cuanto a la teoría del error, aquel que recaiga sobre un elemento del deber jurídico será de tipo en la medida en que la falsa representación se refiera al elemento descriptivo y determinante de lo injusto.

Será de prohibición cuando el autor con completo conocimiento de las circunstancias decisivas para lo injusto yerre sobre la prohibición de la acción.

En la práctica, quien resiste una detención policial en la convicción de que se verifican ciertas y determinadas circunstancias que, de concurrir, harían admisible la resistencia, actúa con error de tipo.

Si la resistencia tiene lugar con claro conocimiento de la situación, pero en virtud de consideraciones jurídicas erróneas sobre la adecuación a derecho de la acción (negarse a acreditar la identidad sobre la sentirse inocente), en este supuesto el autor yerra solamente sobre la antijuridicidad de su acción (puesto que se cree autorizado como inocente), actuando en error de prohibición.

Veamos a qué resultados se arriba concretamente, para terminar, de aceptarse esta propuesta, comparándolo a su vez con aquellos a

los que llega Welzel, autor representativo de la primera respuesta ofrecida en este trabajo:

a) Si el autor resiste el hecho antijurídico de un funcionario que conoce en sus presupuestos objetivos, pero creyendo erróneamente que el ejercicio del cargo se lleva a cabo en forma legítima, es decir que tiene el deber de tolerar la acción del funcionario, estaremos frente a un *delito putativo*.

En este sentido, la solución que propone Roxin no se aparta en lo absoluto de la que alcanza Welzel.

b) Si la resistencia se ejerce creyendo en la adecuación al derecho de la acción en realidad antijurídica del funcionario, porque se le asigna un sentido que de ser cierto hubiera determinado la legitimidad de la acción del funcionario, tendríamos una *tentativa*.

Aquí se verifica una diferencia, en tanto que Welzel concluiría que en esta hipótesis también se verifica un delito putativo porque la "legitimidad del ejercicio del cargo" es considerada por este autor como un momento puro de la antijuridicidad y su suposición errónea, consecuentemente, como un error de prohibición al revés.

De la misma manera, Welzel podría aceptar un delito consumado pues dado que la antijuridicidad de la acción del funcionario fundamenta un derecho de defensa necesaria, si el autor yerra sobre la existencia de tales presupuestos no tiene pues "voluntad de defensa", de tal manera que su hecho podría considerarse consumado y no justificad.

La propuesta de Roxin es sostener en estos casos la existencia de tentativa, pues faltará el desvalor de resultado de la resistencia (ausencia de un elemento del tipo) aunque se dé íntegramente el desvalor de acción.

2. Bibliografía y artículos consultados

- ABOSO, Gustavo y ABRALDES, Sandro, *Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal*, en L. L. 1996-B-650/7.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, trad. de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1977.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- CEREZO MIR, José, *Temas fundamentales del Derecho Penal*, Colección Autores de Derecho Penal, dir. por Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- COMADIRA, Julio R., *Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo*, en J. A. 1996-IV-750.
- *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed. act., 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1991.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III.
- *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DROMI, José Roberto, *Manual de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
- GROIZARD, El Código Penal de 1870, concordando y comentado, Madrid.
- LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- LUZÓN PENA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1977.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte especial*, trad. de José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1955, vol. I.
- MALAMUD GOTI, Jaime E., *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperatora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general. Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general y especial*, 4ª ed., Librería El Foro, Buenos Aires, 2001.
- PESSOA, Nelson, *Legítima defensa*, Mave, Corrientes, 2001.

- RIGHI, Esteban; FERNÁNDEZ, Alberto y PASTORIZA, Luis G., *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1988.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José Ma., *Derecho Penal español. Parte especial*, 9ª ed., Madrid, 1983.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed. alemana y notas de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, versión castellana del profesor Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- RUSCONI, Maximiliano, *La justificación en el Derecho Penal. Algunos problemas actuales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 8ª reimp. total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978, t. V.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte general. El hecho punible*, trad. de la 2ª ed. alemana (1976) de Gladys Romero, Fabián J. Di Plácido Editor, 1999.
- TOZZINI, Carlos, *Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 1, Buenos Aires, enero-marzo de 1969.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, 11ª ed., 2ª ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de José Cerezo Mir, Editorial B. de F. (Julio César Fajra Editor), 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

* y MARCELO ALVERO

MARCO: Indicación preliminar. I. Bien jurídico protegido. II. Malversación. a) El término malversar y su regulación en el Código. b) La figura genérica de la malversación: aplicación indebida de fondos, aplicación arbitraria de fondos, destino indebido de fondos o mala aplicación de fondos públicos. Tipo objetivo. c) Tipo subjetivo. d) Antijuridicidad. El problema de la infamia lesión. e) Malversación agravada por el daño o entorpecimiento para un servicio. III. Peculado. a) Peculado de caudales o efectos. 1) Tipo objetivo. 2) ¿Qué sucede con los denominados fondos o gastos reservados? 3) Los verbos típicos: administración, percepción y custodia. 4) ¿Qué se entiende por sustracción? 5) La posición de Soler. 6) Tipo subjetivo. 7) Consumación y tentativa. b) Peculado de trabajos y servicios. 1) Tipo objetivo. 2) Tipo subjetivo. 3) Antijuridicidad. 4) Consumación y tentativa. 5) Autoría. IV. Malversación o peculado cuiposo. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. c) El problema de la autoría. V. La asimilación por las cualidades del sujeto activo, o del objeto de la administración o custodia. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. c) Antijuridicidad. d) Autoría. VI. Demora injustificada de pago y negativa a entregar bienes. a) Demora injustificada de pago. 1) Tipo objetivo. 2) Tipo subjetivo. 3) Antijuridicidad. 4) Consumación y tentativa. 5) Autoría. b) Negativa a entregar bienes. 1) Tipo objetivo. 2) Tipo subjetivo. 3) Antijuridicidad. 4) Consumación y tentativa. 5) Autoría. VII. ¿Es posible otra interpretación de las figuras reguladas en la Ley?

* Este trabajo tiene como base la conferencia pronunciada en el marco del curso *Delitos contra la administración pública*, auspiciado por la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires y el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, dirigido por el doctor Edgardo Alberto Donna, y dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en octubre de 2002.

este capítulo del Título XI del Código Penal, a partir de la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción al bloque de constitucionalidad?^{a)} Disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción incorporada al bloque de constitucionalidad por ley 24.759. b) Conclusiones. VIII. Reflexión final.

Indicación preliminar

Este estudio no pretende ser un análisis exhaustivo de las figuras previstas en el Capítulo VII del Título XI del Código Penal. Por lo tanto el lector advertirá que con referencia a algunos de los tipos penales que lo conforman, no abordaremos diferentes estadios de la teoría del delito, según la concepción dogmática a la cual adherimos. Sólo nos detendremos en aquellos aspectos que consideramos problemáticos al momento de la aplicación de los delitos en cuestión¹.

I. Bien jurídico protegido

Vamos a coincidir con Feijóo Sánchez² en que el bien jurídico protegido por las figuras reguladas en el Capítulo VII del Título XI resulta ser "supraindividual", de tipo funcional, y que se intenta proteger el "correcto funcionamiento de la administración pública". La delimitación del bien jurídico protegido por la figura resulta esencial para encarar la tarea hermenéutica que implica la dogmática. Las modernas teorías de la interpretación de la ley penal, como la de Gössel³, hacen especial hincapié en esta dirección y, como veremos, la consideración del contenido del bien jurídico tutelado resultará fundamental para respaldar algunas de las posiciones que expondremos.

¹ Para completar el abordaje de los temas no tratados sugerimos consultar DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; TERRAGNI, Marco Antonio, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003; CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1983.

² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal español*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Nº 7, ps. 485 y ss.

³ MAURACH, R.; GÖSSEL, K. y ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, ps. 141 y ss.

Se protege aquí, en este capítulo, el eficaz desarrollo de la administración referida al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que pesan sobre los funcionarios.

Afinando el lápiz en este concepto, en un interesante trabajo sobre el tema De la Mata y Etxebarria⁴ explican 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".

Aquí vamos a encontrar la diferencia con algunos autores de la doctrina nacional y de la orientación que actualmente parece seguir el Código Penal español, cuando sostenemos que no es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa⁵. Decimos con Mora Alarcón⁶ que no es que se tutele la integridad del patrimonio público, sino el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo.

"El deber de fidelidad inherente a dichos cargos no se agota en el respeto que inspira el patrimonio ajeno, sino que impone conductas positivas".⁷

En síntesis, lo que se protege en este capítulo es la sujeción del funcionario a la ley, ya que en un Estado de Derecho los bienes públicos

⁴ DE LA MATA, Norberto y ETXEBARRIA, Xabier, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 55.

⁵ Cuando nos referimos a la doctrina nacional, hacemos especial hincapié en la posición de SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, t. V, ps. 244 y ss., en la que más adelante nos detendremos.

⁶ MORA ALARCÓN, José Antonio, *Suma de Derecho Penal. Parte general y especial*, Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 1996, p. 605.

⁷ SUÁREZ MONTES, Rodrigo, *El delito de malversación de caudales públicos*, RGLJ, 1966, p. 865, quien agrega que el deber de fidelidad no se refiere aquí a algo abstracto, general a toda la función pública, sino a los concretos deberes que se especifican a lo largo de los distintos tipos legales.

como tales deben estar regidos por el presupuesto establecido por la ley del Congreso, y no por la voluntad del funcionario público. Excepcionalmente, como veremos, la protección se extenderá a bienes privados, como en el artículo 263 del Código Penal.

Así, en una posición correcta el Superior Tribunal de Justicia de

Tierra del Fuego⁸ dijo que: "No se debe olvidar que el artículo 262

se encuentra en el Capítulo 7 del Título 11 del Libro 2º del Código

Penal que tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades

patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea

con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido

una especial función de tutela. Los tipos no protegen específicamente

la propiedad de esos bienes, sino la seguridad de su afectación a los

finés para los cuales se los ha reunido o creado; por eso, todos ellos

tienen en común su caracterización como manejo anormal de los bienes

por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cum-

plir sus finalidades o preservarlos para ello. De allí que es indudable

que un legislador que puede disponer de los fondos públicos mediante

la confección y firma de una disposición particular, queda comprendido

dentro de esta norma que tiende a resguardar, precisamente, la regu-

laridad con que dichos fondos son manejados".

La Ley de Ética Pública decidió no introducir reformas a este ca-

pítulo. La Convención Interamericana contra la Corrupción incorporada

a través de la ley 24.759 tampoco aportó modificaciones, aunque desde

el punto de vista interpretativo arrojó luz sobre los conceptos de fun-

cionario público y de las expresiones caudales o efectos que se utilizan

en el tipo objetivo. Ya veremos cómo el análisis de la Convención

permitiría abrir la puerta para sostener otro tipo de interpretación a la

que nosotros consideramos correcta y que aquí se postula.

II. Malversación

a) *El término malversar y su regulación en el Código*

En rigor, la palabra malversar proviene del latín *male* y *versare*,

⁸ STJ de Tierra del Fuego, 23-5-2000, "F., H. L. y M. T. M. sobre defraudación contra la administración pública y estaña, encubrimiento por omisión de denuncia y malversación culposa", expte. 372/2000 STJ-SR.

que significa mala inversión o invertir mal, es decir invertir ilícitamente los caudales ajenos que uno tiene a su cargo. Cuando lo realiza un funcionario público estamos ante una malversación pública o de caudales públicos. Por eso se sostiene que en rigor la expresión tiene mayor afinidad con la figura del artículo 260 que pasamos a ver que con el peculado del artículo 261, que implica sustracción definitiva o mero uso de caudales públicos.

En realidad hay que coincidir en que la malversación resulta ser el género y el peculado una especie, una malversación agravada.

b) *La figura genérica de la malversación: aplicación indebida de fondos, aplicación arbitraria de fondos, destino indebido de fondos o mala aplicación de fondos públicos. Tipo objetivo*

Recordemos el texto del artículo 260, que dice que: "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".

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 dentro de la esfera pública. Es un cambio de destino. Los fondos deben tener un destino legalmente predeterminado y el autor lo que hace es darle una aplicación diferente⁹.

Dice Buompadre¹⁰ que los bienes sin destino prefijado no pueden ser malversados. 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.

El propósito de la figura es poner orden a la burocracia estatal y quitarle la posibilidad al funcionario de que decida sobre los bienes del Estado.

⁹ La jurisprudencia ha entendido que es necesaria como elemento esencial para la consumación del delito la inversión de esos caudales y no la simple imputación (vgr. CFed. de Paraná, 6-10-67, L. L. del 12-2-68, fallo 59.629).

¹⁰ BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la administración pública*, Mave, Co-rrientes, p. 239

En España estas conductas, que eran catalogadas en doctrina como "conductas de distracción" que se subdividían en: a) Dar a los caudales o efectos un destino público diferente dentro de la administración pública (art. 397 del Código anterior), que tiene relación con la figura que venimos analizando, y b) dar aplicación de los caudales o efectos a usos propios o ajenos (art. 396 del Código anterior), han sido llevadas a la categoría de ilícitos administrativos y, por ende, han dejado de ser consideradas delitos (vgr. en el primer caso) o reformuladas acen- tuando el carácter estrictamente patrimonial del delito (vgr. con refe- rencia a la conducta descrita en segundo término).

Sin embargo, la figura ahora contemplada por el artículo 396 del derogado Código Penal español no guardaba identidad con la prevista por el artículo 261 de nuestro Código Penal. ¿Cuál era la diferencia con nuestro peculado? Pues que en el sistema español se le concedía al acusado la posibilidad de reintegrar los fondos en diez días desde la formación del sumario; si lo hacía se aplicaba este artículo, si no lo hacía era peculado del artículo 394 del Código anterior.

Por caudales públicos se comprende toda clase de bienes con apo- yatura en la extensión del artículo 2312 del Código Civil, que reza: "Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio". Es decir, por caudales públicos se entiende tanto bienes muebles e inmuebles. No es sólo el dinero, ya que cuando la ley se refiere a éste lo hace designándolo como fondo o cantidad, como acer- tadamente lo señala Creus¹¹.

El término efectos está dirigido a los valores en papel, sellos, es- tampillas, a los documentos de crédito, emanados del Estado nacional, provincial o municipales. Son caudales y/o efectos que son admi- nistrados por el autor.

Según la Convención Interamericana contra la Corrupción, bienes son "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"¹².

¹¹ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, p. 293.
¹² Art. 1º, Convención Interamericana contra la Corrupción, citada.

Los caudales o efectos son aquellos que administra el funcionario público. El problema es cuando son públicos.

Creus divide las aguas en dos posiciones:

- a) *La teoría del riesgo*, para la cual son bienes públicos todos aquellos que pertenecen al Estado, incluyendo a la Nación, a la provincia y a su municipio, en cuanto no están afectados a actividades de índole comercial. Deben tener fines administrativos específicos, y no cuando actúe el Estado en actividad comercial, porque sino se le daría más garantías que al privado. No entrarían aquí los fondos de entidades autárquicas como en su momento fue YPF.
- b) *La teoría de la pertenencia*, para la cual son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado. En esta posición se enrola Daniel Carrera, para quien el objeto material del peculado está constituido por caudales o efectos públicos. Es decir, por caudales o efectos que pertenezcan a la administración pública en sentido lato.

Parece que ésta 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 Estado¹³.

Esta discusión doctrinaria ha perdido importancia en virtud del proceso de privatizaciones de las empresas públicas encarado por el Estado nacional en la década pasada. Sin embargo, la cuestión podría reeditarse ante el reciente anuncio de creación de una empresa nacional de energía. El sujeto activo del delito es un funcionario público, por lo tanto estamos en presencia de un delito especial propio.

Debe tenerse en cuenta para la definición de funcionario público la interpretación legal auténtica que realiza el artículo 77 del Código Penal cuando lo define como "a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"¹⁴. A nuestro criterio, la Convención Interamericana contra la Corrupción ya no da margen para sostener una interpretación restrictiva del concepto, a la

¹³ Reciente jurisprudencia ha reafirmado esta posición. Así CNFed.CCort., sala II, 8-2-2000, "M. A.", c. 16.059, reg. 17.221, J. 8 - S. 16, Boletín de Jurisprudencia de la CNFed.CCort., citado en DONNA, Edgardo y otros, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. IV, p. 392.

¹⁴ Puede acudirse, a idénticos efectos, a la Ley 25.188 de Ética Pública.

manera de Núñez¹⁵, de Buompadre¹⁶ y, más recientemente, de Terragni¹⁷. En efecto, su artículo 1º define los conceptos de función pública y de funcionario público:

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.

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.

Pero además aquí se exige una relación especial entre el funcionario y los caudales, dado que el autor debe a su vez ser el administrador de los caudales o efectos, debe tener el manejo de los mismos.

c) *Tipo subjetivo*

Es una figura que requiere dolo directo: conocer el destino que tenían los bienes y el cambio de destino. No requiere fin de lucro. En caso de estar en presencia de un sujeto que obra con dicha especial intención debería considerarse la aplicación de la figura contemplada en el artículo 261 del Código Penal.

d) *Antijuridicidad. El problema de la infima lesión*

Pueden darse casos de estado de necesidad que justifiquen la acción típica, como en el supuesto de que el desvío se produzca para atender los efectos de una inundación. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de España aplicó la eximente del estado de necesidad al alcalde que dio un uso diferente a caudales a su cargo, cuando por acuciante necesidad de suministro de agua al pueblo para consumo humano desvió fondos de una partida a otra¹⁸.

¹⁵ NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, t. V, vol. II,

ps. 244 y ss.

¹⁶ BUOMPADRE, ob. cit., ps. 42 y ss.

¹⁷ TERRAGNI, ob. cit., ps. 42 a 44.

¹⁸ Sent. del 24-2-92.

La obediencia debida no es considerable en este caso, por cuanto no quedaría justificado el accionar en tales condiciones. Habría que analizar si el sujeto activo pudo verse constreñido en su libertad de acción o si obró con un error de conocimiento de la antijuridicidad de su accionar, en cuyo caso podríamos estar en presencia de una causal que excluya la responsabilidad del hecho o la culpabilidad, según el esquema de análisis al que adherimos¹⁹.

Esta figura ha desaparecido del actual Código Penal español (art. 397, Cód. español), siguiendo el principio del Derecho Penal mínimo, por la carencia de un disvalor tan enorme que lo hiciese acreedor a figurar en el Código Penal, y se lo considera un ilícito administrativo. Catalán Sender²⁰ recuerda que la discusión arranca desde el siglo XIX, y algunos visualizaban a la figura como un alarde de puritanismo. En España Bustos Ramírez señalaba²¹, respecto de esta figura cuando se encontraba vigente: "se trata de un comportamiento que no debería tener consideración delictiva, sino simplemente de infracción administrativa".

Cuenta Catalán Sender que junto con el prevaricato, la malversación por desvío de fondos se ha constituido en el delito estrella a estar a los índices de criminalidad que arroja la praxis. Se caracteriza por la contravención al deber de lealtad o fidelidad del funcionario para con la administración y por la impropia patrimonial por la afectación al patrimonio de las arcas públicas. Sea una u otra la orientación que prevalece, serán regulados en este título como lo hace nuestro Código Penal (*Delitos contra la administración pública*) o en los delitos contra el patrimonio (como en Alemania), donde se considera un agravante la condición de funcionario del autor.

Así se ha despenalizado la desviación de fondos entre diferentes partidas presupuestarias (art. 397 del Cód. Pen. anterior, que guarda relación con nuestro art. 260) y la figura de la retención indebida de fondos y denegación de pagos (art. 398 de la anterior redacción, que guarda relación con nuestro art. 264).

¹⁹ DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, t. 2.

²⁰ CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Bayer Hnos., Barcelona, ps. 243 y ss.

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ariel

Derecho, Barcelona, 1994, ps. 53 y ss.

Es que entre las novedades que trajo aparejada la reforma española debe considerarse la incorporación del especial elemento subjetivo distinto del dolo "ánimo de lucro", que llevó a la falta de incriminación de estos tipos penales y de la malversación culposa, como ya veremos.

e) *Malversación agravada por el daño o entorpecimiento para un servicio*

Esta prevista en el último párrafo del artículo 260 y castiga con multa al culpable cuando la conducta produzca un daño o un entorpecimiento de un servicio.

"Daño" es todo efecto perjudicial para el servicio. El daño puede ser económico, como en la prestación del servicio.

"Entorpecimiento" es cualquier inconveniente en la prestación de servicios según los programas estipulados o las posibilidades que éstos tienen.

Se exige que el daño o entorpecimiento se produzca a causa de la malversación, por el desvío de los bienes. Si se produce por otra causa no se puede aplicar la agravante; ahora también se aplica aunque se haya logrado un beneficio en el otro lugar al que se destinaron y se provocó el daño o entorpecimiento en el lugar original. Hay un plus en el desvío de los efectos. Debe existir al menos dolo o culpa. Buompadre le atribuye a Donna el sostener que el daño o entorpecimiento debe producirse en un servicio a secas sin consultar el texto de la ley. Está claro que resultando una figura calificada de un delito básico, el daño o entorpecimiento en el servicio que se produce debe ser aquel a cuya realización estaban legalmente destinados los caudales o efectos. En virtud de ello, no apreciamos justificada la crítica.

III. Peculado

Según Maggiorè²², el término peculado proviene de *peculare*: robar

²² MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte especial*, Temis, Bogotá, 1955, t. III, p. 161.

el peculio ajeno. A su vez, la raíz común de las expresiones "peculio" y "pecunia" (dinero) es *pecus*: ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo.

Para Jesús Catalán Sender²³, el *peculato* tuvo su origen en el Imperio Romano, y era considerado tanto un hurto al patrimonio privado como al del pueblo romano.

Destaca Buompadre²⁴ que idiomáticamente *peculium* alude a caudal, delito consistente en el hurto de caudales del erario público cometido por aquel a quien se ha confiado su administración.

Como ya se adelantó, las figuras de peculado previstas en el artículo 261 implican sustracción definitiva o mero uso de caudales públicos. En nuestra doctrina señalaba Carrera²⁵ que la malversación constituye el género del que el peculado viene a ser una forma con sus características y singularidades propias.

Recordemos el texto legal:

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".

Es evidente que allí se consagran dos modalidades del peculado, las que pasamos a analizar.

a) *Peculado de caudales o efectos*

1) *Tipo objetivo*

La acción consiste en sustraer caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada al autor (necesariamente funcionario) por razón de su cargo.

²³ CATALÁN SENDER, ob. cit., p. 243.

²⁴ BUOMPADRE, ob. cit., p. 248.

²⁵ CARRERA, Daniel, *Peculado (de bienes públicos y de trabajos o servicios, art. 261 del Código Penal)*, Depalma, Buenos Aires, ps. 1 y ss.

Ya hemos hablado de la interpretación correcta que corresponde darle a los conceptos de funcionario público, caudales o efectos públicos sobre los que recae la figura.

El Código español de 1995 introdujo en el artículo 432 un criterio de punibilidad que acude a la naturaleza de los caudales o efectos públicos sustraídos, agravando las penas 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.

Estas pautas no son tenidas en cuenta en nuestra legislación.

2) *¿Qué sucede con los denominados fondos o gastos reservados?*

En el resonante caso "Marey" el Tribunal Constitucional español entendió que los designados "gastos reservados" asignados a ciertos funcionarios públicos, pese a que no medie exigencia de "rendición", 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 público²⁶.

En nuestro país existen precedentes jurisprudenciales con idéntica orientación. Así se dijo que hay sustracción de caudales públicos cuando un funcionario público ilegítimamente se apropia (sea en forma definitiva o con miras a restituirlos) de caudales públicos que administra, percibe o custodia, sacándolos del ámbito de tenencia efectiva o simbólica de la administración pública.

La sola naturaleza de gastos considerados "reservados" y la existencia de la obligación de rendir cuentas no permiten descartar la posibilidad de la conducta delictual reprimida por el artículo 261 del Código Penal²⁷.

²⁶ Con mayor extensión en DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 274. En este caso, se interpretó que la utilización de gastos reservados para financiar el secuestro en territorio francés de un terrorista de ETA conforrma el delito de malversación de caudales públicos, teniendo para ello en consideración la naturaleza prohibida de la actividad en cuestión.

²⁷ En este caso, el acusado recibió dos cheques correspondientes a gastos reservados, efectos que fueron depositados en una cuenta corriente a la orden indistinta del imputado y su esposa, siendo el dinero extraído con cheques, mayormente librados

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 y esto es a su vez la única posibilidad con que cuenta la sociedad para controlar si los fondos fueron correctamente gastados en aquel cometido.

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. El legislador ha pensado que es necesario que algunos gastos, especialmente atinentes a la seguridad, no deban ser dados a publicidad con el fin de no restar eficacia a la función pública que deben solventar. Esto surge de la terminología legal como "razones de mejor servicio". Algunos quisieron ver allí una eximición de rendir cuentas.

Pero las mismas "razones de mejor servicio" definen también claramente el destino público de los fondos.

En rigor, en la Argentina, en virtud de la ley 18.302 y del decreto 5315/56, tanto la cifra autorizada para gastar como su rendición deben ser públicas a nivel de grandes rubros. Este sistema perduró hasta el año 1992 en que se sancionó la ley 24.156. Esta ley eliminó las famosas Cuentas Especiales que estaban perfectamente identificadas en las planillas 4 de la ley de presupuesto; a su vez, las mismas aparecían abiertas en las Cuentas de Inversión de Gastos, dando cumplimiento a lo que mandaba la ley 18.302. Con este procedimiento, lo que finalmente se logró fue anular la rendición, pues la partida era un subparcial de la clasificación "Por objeto", y le restó publicidad a la información.

De todas formas la reciente sanción de la Ley de Inteligencia Nacional 25.520, a la manera del modelo norteamericano, ha instituido el control parlamentario de los gastos de la Secretaría de Inteligencia de Estado, a través de una Comisión Bicameral.

El artículo 37 de aquella disposición dice textualmente: "La Comisión Bicameral será competente para supervisar y controlar los 'Gas-

por aquella, con destino al pago de mercadería y efectos destinados al consumo privado del matrimonio (considerado delito de peculado según refiere DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, ps. 275/6). El delito quedó consumado con el solo depósito en la cuenta. La ulterior disposición por la esposa vino a demostrar la anterior apropiación.

tos Reservados' que fueren asignados a los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional. A tales fines podrá realizar cualquier acto que se relacione con su competencia, en especial:

"1) Entender e intervenir en el tratamiento del proyecto de ley de presupuesto nacional que el Poder Ejecutivo remita al Congreso de la Nación. A tales fines el Poder Ejecutivo enviará toda la documentación que sea necesaria, en especial: a) Un anexo conteniendo los montos asignados o ejecutados por jurisdicción que tengan el carácter de gastos reservados, confidenciales, secretos o de acceso limitado o restringido. b) Un anexo con clasificación de seguridad, conteniendo finalidad, programa u objeto del gasto.

"2) Exigir la colaboración de todos los organismos de inteligencia contemplados en la presente ley, los que estarán obligados a suministrar los datos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones. En aquellos casos de estricta necesidad, también podrá requerirse fundadamente la documentación a que alude el artículo 39 de la presente ley.

"3) Controlar que los fondos de carácter reservado hubiesen tenido la finalidad prevista en la asignación presupuestaria.

"4) Elaborar anualmente un informe reservado para su remisión al Congreso de la Nación y al Presidente de la Nación que contenga: a) El análisis y evaluación de la ejecución de los gastos reservados otorgados a los organismos de inteligencia. b) La descripción del desarrollo de las actividades de supervisión y control efectuadas por la Comisión Bicameral, así como las recomendaciones que ésta estimare conveniente formular".

El artículo 38 establece que: "El Poder Ejecutivo Nacional deberá incluir en la reglamentación de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional una nueva función denominada 'inteligencia' dentro de finalidad 'Servicio de Defensa y Seguridad' donde se agruparán la totalidad de los presupuestos correspondientes a las actividades de inteligencia, cualquiera fuere la jurisdicción en que se originen".

Finalmente, el artículo 39 establece que: "Las erogaciones efectuadas durante el ejercicio serán documentadas mediante acta mensual

firmada por los funcionarios responsables del organismo o dependencia correspondiente, que servirá de descargo ante la Contaduría General de la Nación".

3) *Los verbos típicos: administración, percepción y custodia*

Los caudales o efectos de que trata el delito de peculado guardan relación funcional bajo tres modalidades. La primera de ellas (administración) se encuentra contemplada en el artículo 260. Las dos restantes son expresamente incorporadas por el peculado, "percepción o custodia". El delito de peculado requiere que el funcionario que custodia de caudales o efectos tenga la administración, percepción o custodia de aquellos, que le fueran confiados por razón de su cargo.

¿Qué alcance debe darse al verbo administrar? El TSC español ha considerado que administrar importa que el sujeto activo tenga a su cargo o a su disposición, por razón de las funciones que le están encomendadas legalmente, caudales o efectos públicos. Para Buompadre, sería administrador el funcionario que posee facultades de disposición de los bienes, es decir, de aplicarlos a finalidades determinadas por el orden jurídico aun cuando no detente la posesión material de aquellos.

¿Qué se entiende por percepción?

Es la facultad por la cual se reciben bienes para la administración pública. Se refiere a la cobranza de tributos o derechos.

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 funcionarios competentes"²⁸.

¿Qué se entiende por custodia?

Por custodia se entiende "guardar con cuidado y vigilancia", en este caso los caudales o efectos públicos. La custodia implica la tenencia de los bienes, que puede ser permanente o no, pero siempre con relación a su cargo.

Por último, en la relación que une al funcionario con los caudales o efectos a través de su administración, percepción o custodia, se precisa que aquellos le deben haber sido confiados en razón de su cargo.

²⁸ CARRERA, ob. cit., p. 110.

4) ¿Qué se entiende por 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. Sobre este punto puede acudirse a los deberes y demás pautas de comportamiento ético que marca la ley 25.188 en su artículo 2º.

Se entiende por sustraer: apartar, separar, extraer. 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".

Apunta Donna que, no obstante que se ha elaborado una construcción doctrinal y jurisprudencial en torno a los alcances del vocablo "sustracción" para resguardar el mandato de certeza que se deriva del principio de legalidad (art. 18, Const. Nac.), resulta necesario corregir la fórmula del artículo 261.

En el mismo sentido, observa con preocupación que tampoco prevé la conducta omisiva, que consistiría en "consentir la sustracción por parte de un tercero"²⁹. El único modo de considerar comprendida tal conducta en nuestro Código Penal consiste en acudir a los delitos de comisión por omisión, también denominados de omisión impropia.

En doctrina se critica el empleo de la expresión "sustracción" cuando en realidad debió haberse utilizado el verbo apropiación.

Según esta corriente, la apropiación importa a su vez "ánimo de lucro", que constituye a su vez el especial elemento subjetivo que forma parte del tipo objetivo. Por ello, el grupo de autores que conforman esta posición entiende que no se da la figura de peculado sin la presencia de este elemento³⁰.

Para Soler, la mera sustracción dineraria consuma siempre el delito de peculado, aunque sea hecha con propósitos de restitución y efectivamente se restituya. La jurisprudencia nacional ha seguido casi mayoritariamente esta postura, basada en prestigiosa doctrina como Carrara y Maggiora, quienes remarcan la condición de delito contra la fe pública, que se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del

²⁹ Que si prevé de modo expreso el Código español de 1995 en su art. 432.1.
³⁰ Enfatícamente sostienen esta posición DE LA MATA y ETXEBARRIA, ob. cit., p. 60.

funcionario para con la administración pública, sin la necesidad de que se acredite lesión patrimonial³¹.

Bastará entonces con poner los bienes fuera del alcance de la custodia de la administración bajo la cual fueran colocados. "...la sustracción siempre consuma el peculado, aunque sea hecha con propósito de restitución y aunque efectivamente se restituya..."³²

Se sostiene que lo decisivo es el quebranto de la confianza, del vínculo que unía al funcionario con los caudales o efectos confiados. En cuanto al denominado peculado de uso, una interpretación racional debería centrarse, desde un punto de vista objetivo, en determinar si el bien salió o no de la esfera de custodia de la administración pública, para recién allí plantearnos la existencia del dolo en el agente. El peculado de uso introducido en la segunda parte del artículo 261 sólo se extiende con relación a bienes y servicios (no alcanzando los caudales).

El tipo penal del 261 reprime al funcionario administrador, receptor

³¹ Conviene aclarar, tal como abordaremos más adelante, que a nuestro criterio la postura de Soler incurriría en un error de apreciación al asimilar el peculado a la defraudación por retención indebida.

³² "El delito de malversación previsto en el art. 263 del Cód. Pen., en los casos de depósito judicial de bienes embargados, se consuma con la sustracción de dichos bienes del ámbito de la administración, custodia o depósito, con prescindencia del perjuicio patrimonial que con ello pueda sufrir o no el embargante. A los fines del art. 261 del Cód. Pen., la expresión 'sustraer' no exige apoderamiento ni apropiación, siendo suficiente la violación de custodia".*

"El dolo se configura con el conocimiento de que se es depositario de un bien que debe ser resguardado por orden de la justicia y con la voluntad de hacer o permitir que se haga ilusorio ese resguardo aceptando que el objeto salga de su esfera de custodia sin conocimiento del poder jurisdiccional, basándose el reproche de culpabilidad en la capacidad genérica de comprensión del art. 34, inc. 1º del Cód. Pen. del sujeto, su posibilidad de conocer la antijudicialidad del acto comisivo u omisivo que realiza y la voluntad que trasunta al no cumplir con la obligación que tenía de la referida comunicación al órgano competente".***

El haber puesto a disposición del juzgado los efectos objeto del litigio es irrelevante a los efectos de la consumación del delito, si el imputado actuó sin autorización ni conocimiento del juzgado que lo designó depositario y, con ello, debe confirmarse el procesamiento del imputado en orden al delito de malversación de caudales públicos (CNCCorr., sala VI, González, Elbert, Escobar [Prosec. Cam.: Utrandi], 27-12-2002, "G., W. S.", c. 19.742. Se citó: *CNCCorr., sala VI, 24-4-95, c. 26.714. *CNCCorr., sala IV, 31-3-87, c. 32.410).

o custodio que sustrae caudales o efectos que le han sido confiados en razón de su cargo. Para ello debe considerarse quebrado el vínculo que une al caudal o efecto con el ámbito de custodia de la administración. No se consideran tales aquellas acciones que representan apropiaciones muy pequeñas (vgr. un bolígrafo), por entenderse que no se ha vulnerado el bien jurídico tutelado por la norma, tal como señalan Catalán Sender y moderna doctrina española (serían comportamientos de bagatela, adecuados socialmente, permitidos o al menos tolerados). En este sentido se ha detectado jurisprudencia nacional que sostiene que el aprovechamiento abusivo de las cosas, sin sustracción del ámbito de tenencia efectiva o simbólica de la administración pública, no constituye delito³³.

El término "sustraer" empleado por el artículo 261 del Código Penal debe ser entendido como la acción de apartar o separar el caudal del ámbito de tenencia de la administración pública. Una forma de hacerlo es no reintegrarlo a su debido tiempo.

En definitiva, el peculado se diferencia del hurto y del abuso de confianza.

Sustraer es aquí sinónimo de 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.

5) *La posición de Soler*

Es interesante consignar la opinión de Soler sobre la figura del peculado. El autor la visualiza como coincidente con el abuso de confianza del artículo 173, inciso 2º del Código Penal. Dice que la única diferencia entre la acción típica del peculado y la de la defraudación por retención indebida se encuentra en que en el primero el autor necesariamente es un funcionario público, y la cosa objeto material del delito es de pertenencia pública, pero en ambos casos existe un abuso de confianza. Tanto el artículo 261 como el 173, inciso 2º, tienen como presupuesto que el autor haya entrado en la tenencia de la cosa por un acto de confianza, ya sea en depósito, comisión, ad-

³³ Cacus. de Córdoba, Secretaría Nº 1, A. I. 47, "H., R. L."

ministración u otro título, como es el caso de la retención indebida, o en administración, percepción o custodia, como en el caso del peculado. También en el peculado se encuentran presentes el ardid o engaño, el error y la disposición patrimonial perjudicial. La diferencia es la calidad del autor (funcionario público) y la del objeto material del delito (objeto de pertenencia pública), por lo que entiende que el peculado es una defraudación por retención indebida calificada.

Esta posición, sintetizada por Estrella y Godoy Lemos³⁴, seguramente es el punto de partida de los equívocos que hemos venido señalando, y a nuestro criterio pierde de vista el verdadero objeto de protección o bien jurídico tutelado, tal como destacáramos al inicio de este trabajo.

6) Tipo subjetivo

Apunta Buompadre que se trata de un delito doloso, abarcando el dolo el conocimiento del carácter público de los bienes y de la existencia de una relación funcional con ellos y la voluntad de separarlos de la esfera de custodia en la que se encuentran. A su criterio no requiere de ningún elemento subjetivo especial distinto del dolo.

Sostuvo la CNCCorr. que "cualquiera sea la interpretación que se le dé al verbo 'sustraer' contenido en el artículo 261 del Código Penal, 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..."³⁵

Aquellas —como se verá— castigan la omisión culposa a evitar una sustracción dolosa por parte de terceros.

7) Consumación y tentativa

Dependerá del alcance que se dé a los elementos del tipo objetivo.

³⁴ ESTRILLA, Oscar y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, t. 3, p. 414.
³⁵ CNCCorr., sala V, 2-4-91, "K., C. A.", c. 26.799.

Si se afirma que la figura exige apropiación, pues tiene un contenido de carácter patrimonial, la consumación se producirá cuando exista *animus rem sibi habendi*. En cambio, si es suficiente con la distracción, bastará con quitar los caudales o efectos de la esfera de custodia de la autoridad que lo hubiere designado³⁶.

Para Buompadre se trata de un delito de pura actividad, que se consuma cuando se produce el quebrantamiento de la esfera de disponibilidad en la que se encontraban los bienes, independientemente de la producción de un perjuicio económico en la actividad patrimonial de la administración o de que deba concurrir por parte del funcionario la obligación previa de rendir cuentas de su gestión.

Para Creus, en cambio, es un delito de resultado porque la acción requiere que se haya producido la separación del bien de la esfera administrativa de custodia. Este sería un resultado que se independiza de la acción que lo produce. Y en este sentido sería también un delito de lesión aun cuando no importe necesariamente perjuicio patrimonial. Aun así, desde la óptica del bien jurídico tutelado sería un delito de peligro, bastando la amenaza que aquella lesión importa para el desenvolvimiento administrativo.

b) *Peculado de trabajos y servicios*

Dispone la segunda parte del artículo 261: "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". Este párrafo fue incorporado en 1963 siguiendo los lineamientos del Proyecto Soler de 1960. Se sostuvo que con su dictado se llenaba una laguna de impunidad, dado que los trabajos y servicios no podían integrar el concepto de caudales.

1) *Tipo objetivo*

Aquí el funcionario público 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 según Soler.

³⁶ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 288.

Emplea quien ocupa a alguien o encarga una comisión. Esta desviación requiere que sea realizada en beneficio del propio sujeto activo (el funcionario) o de un tercero.

De modo concordante, la ley 25.188, artículo 2º, 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".

Los trabajos o servicios deben estar a disposición del funcionario. Para Núñez, no se trata de un peculado de uso, ya que no consiste en utilizar *animus domini* cosas pertenecientes a la administración pública. El peculado de uso, para este autor, sería impune en Argentina.

Es una utilización, en beneficio o provecho propio del funcionario, de actividades personales, corporales o intelectuales, cuyo precio haya satisfecho o deberá satisfacer una administración pública, lo cual comprende a los poderes judiciales como a los legislativos, nacionales provinciales y municipales³⁷.

¿Qué debe entenderse por "trabajos o servicios"? Los trabajos o servicios deben estar unidos en una situación funcional con el autor, es decir, éste debe poder jerárquicamente disponer de ellos, debe tener posibilidad de actuar típicamente.

Sobre este aspecto, tenemos tres posiciones distintas en doctrina:

- Un grupo de autores, como Carrera, entiende que "trabajos" alude a mano de obra, en cuanto tarea enderezada a la construcción, y "servicios" serían las tareas de tinte intelectual.
- Según Núñez, "trabajos" alude a actividades personales tendientes a producir obras materiales o intelectuales para una administración pública o para servicios públicos. "Servicios", en cambio, se refiere a actividades personales de ayuda o asistencia profesional, artística, científica, doméstica, etcétera, prestadas a una administración pública. De ese modo "trabajo" comprende tanto trabajos y servicios.
- Para un tercer grupo liderado por Creus, "trabajo" alude a las

³⁷ En los casos en que el Ministerio Fiscal es considerado un órgano extrapoder, como por ejemplo, a nivel federal, la interpretación en cuanto a su extensión evidentemente lo incluye en el sentido dado a la norma.

tareas de naturaleza física o intelectual que se empleen en orden a una obra determinada, en tanto que "servicios" alude a las mismas (tareas de naturaleza física o intelectual), pero sin estar destinadas a una obra determinada sino dentro de una situación o estado del sujeto que las presta. Los obreros contratados para una obra dan trabajo, en cambio, los empleados prestan servicios. ¿Qué debe entenderse por "pagados por una administración pública"? La esencia del peculado de trabajos o servicios reside, además, en que el precio del trabajo o servicio sustraído por el funcionario debe haber sido pagado por cuenta de la administración pública y no por el funcionario propiamente dicho.

Creus da buenos ejemplos de ello: No se da el tipo de peculado cuando el trabajo o servicio 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 del funcionario que dirige esa repartición.

Entre el trabajo y servicio y el funcionario 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. Ha dicho nuestra jurisprudencia 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 delito de peculado de servicios públicos³⁸.

2) Tipo subjetivo

El hecho es doloso, no admitiéndose el tipo culposo. El funcionario debe conocer el carácter de trabajo o servicio, y obrar con voluntad de desviarlo del destino administrativo que tiene, en función propia o de un tercero.

³⁸ Cacus. de Córdoba, Secretaría Nº 2, A. I. 206, "S., C. O."

Se requiere un elemento subjetivo distinto del dolo, que es el aprovechamiento para sí o para un tercero.

A raíz de ello la doctrina mayoritaria entiende que el único dolo posible 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.

3) *Atribuidad*

Si el funcionario cree que la conducta le está permitida, el error será de prohibición y operará sobre la atribuidad. Para nosotros excluirá o atenuará la culpabilidad propiamente dicha según sea invencible o no.

4) *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 (Núñez-Creus), 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.

5) *Autoría*

Se trata de un delito especial que sólo puede cometer un funcionario público.

Sin embargo, en lo particular hay que señalar que con relación a este delito se discute qué funcionario puede ser autor.

En doctrina tenemos:

- Un sector (Carrera, Fontán Balestra) entiende que no se exige ninguna relación funcional entre el funcionario y los trabajos y servicio. En esta óptica cualquier funcionario (aun incompetente) puede ser autor.
- Una segunda posición (Donna, Creus, Núñez) entiende que al ser el peculado una especie de malversación hay un abuso fun-

cional específico y por tanto sólo puede ser autor aquel funcionario competente que puede disponer de los trabajos y servicios. No se requiere que se trate del mismo que pague los servicios. La participación es posible.

El tercero beneficiado con el trabajo o servicio pasa a ser cómplice primario. Por su parte, quien presta el servicio, si es consciente del desvío funcional, será partícipe del hecho principal, ya que siendo la orden ilegítima deberá oponerse, salvo los casos de error o coacción.

IV. Malversación o peculado culposo

Dispone el artículo 262 del Código Penal: "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".

a) 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 a su cargo que realiza un tercero.

El tercero sustrae dolosamente, gracias a la actitud negligente o imprudente del funcionario.

Es por esta razón que, al decir de Polaino Navarrete, se trata de una malversación impropia, de una forma autónoma de incriminación de participación culposa del funcionario en la realización por un tercero³⁹.

La culpa en nuestra posición es un problema del tipo, es la infracción al deber objetivo de cuidado o la infracción a la norma de cuidado. La imprudencia es un tipo especial de acción punible y no una forma de culpabilidad junto al dolo. El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste en la divergencia entre la acción realmente rea-

³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Malversación de caudales públicos*, en *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, dir. por Manuel Cobo del Rosal, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, t. IV, p. 381.

lizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario realizar. Es una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado⁴⁰.

La diferencia de esta figura con el resto de las figuras culposas es que aquí se exige un resultado dañoso para la administración pública provocado por un tercero dolosamente.

Debe existir una relación directa entre la violación al deber de cuidado y la sustracción de bienes, por la cual el tercero se aprovecha y sustrae. De acuerdo a este concepto, remarca Bielsa, es que el funcionario comprendido en esta figura hace posible o permite la sustracción. Como ejemplo de cómo se ha conceptualizado la figura en la jurisprudencia tenemos un interesante caso⁴¹, que merece ser destacado a continuación.

En fallo reciente, el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego ha establecido que: "El artículo 262 del Código Penal es un tipo penal que presenta una estructura irregular, pues al sujeto activo se le reprocha la violación de un deber de cuidado cuando dicha conducta culposa se conjuga con la acción de un tercero que, aprovechando la situación creada, dolosamente sustrae caudales o efectos, cuya administración, percepción o custodia fueron confididos al agente, de modo que no se castiga la sustracción (separación) culposa de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro los sustraiga dolosamente."

"Cabe reputar como negligente el accionar de la legisladora, pues no tomó los recaudos mínimos para verificar la veracidad de lo que su secretario le llevaba plasmado en una disposición que otorgaba un subsidio, firmando sin más la misma, desentendiéndose del tema. También fue imprudente porque la cantidad de disposiciones debieron aler-

⁴⁰ De acuerdo al esquema de trabajo autoimpuesto, hemos evitado adentrarnos en cuestiones respecto de las cuales pudieran reiterarse conceptos ya expuestos. Sin embargo, merece ser destacado que a través de la incorporación de la figura culposa, el legislador ha pretendido brindar un plus en la defensa del bien jurídico protegido, que en este caso vuelve a ser el regular funcionamiento de la administración pública y el cuidado que sobre la cosa pública debe tener el funcionario, conforme destaca DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 290, al cual nos remitimos.

⁴¹ Citado por la Dra. Cecilia Maiza en su Sección de Jurisprudencia de la *Revista de Derecho Penal*, Nº 2002-1, *Delitos culposos - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 332 y ss.

tarla de que algo extraño estaba sucediendo. Es claro entonces que con su conducta dio ocasión para que su secretario sustrajera los fondos públicos, al crear la oportunidad posibilitadora. Así, el deber de cuidado en el caso le imponía la obligación de su parte de al menos conocer a las personas o representantes de las entidades a las que se otorgaba un subsidio, meritar por sí misma si la ayuda económica solicitada era real, desentrañar si efectivamente existía una necesidad que mereciera ser satisfecha con fondos públicos, finalmente interesarse personalmente si los fondos solicitados y otorgados habían llegado a destino. En definitiva, dicho deber encerraba la obligación de verificar la veracidad de lo que su secretario le llevaba plasmado en la disposición, violando el deber de cuidado porque desconocía si efectivamente algunos de los económicamente auxiliados mediante cada una de las disposiciones que firmaba, realmente así lo habían solicitado, ni siquiera si realmente existían, tampoco si de acuerdo a sus condiciones socioeconómicas, realmente los necesitaban y menos aún si antes algún otro subsidio les había acordado.

"Del propio texto legal del artículo 262 del Código Penal surge la posibilidad de elección entre imprudencia, negligencia e inobservancia de los reglamentos a su cargo, al utilizar la conjunción alternativa 'o' de forma tal que la imprudencia o negligencia puede surgir aun cuando la reglamentación no establezca expresamente un deber a cargo del agente. En función de ello, no resulta relevante en la especie que la reglamentación no le impusiera dicho control, pues el deber de cuidado de la legisladora iba más allá del cumplimiento o no de las normas, por los que tenían el deber de tramitar eficientemente los pasos posteriores que ella misma iniciaba. La determinación de que una conducta es culposa depende de parámetros que la ley solamente enuncia, debiendo buscar el intérprete cual es la materia de la prohibición. Para ello acude a pautas que permiten poner en vigencia la idea de que la norma dirige a los destinatarios hacia un comportamiento correcto; de allí que se diga que el tipo de los delitos imprudentes es abierto. En definitiva, todo conduce a la apreciación de si la conducta realizada se apartó del baremo ideal del cuidado requerido para que la vida comunitaria se desarrolle en armonía.

"Las características de la ley exigen que en cada situación, o sea

en cada caso concreto que se juzgue, se concrete cual era el deber de ciudadano que incumbía al autor. Es preciso, por lo tanto, definir el deber de ciudadano una vez conocidas concretamente las circunstancias en las que se desarrolló la acción. La tipicidad de dicha acción se determinará, entonces, mediante la comparación de la acción realizada con la exigida por el deber de ciudadano en la situación concreta; en consecuencia, infringir el deber de ciudadano el que no emplea el ciudadano que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido.

"De la misma forma que la violación de una reglamentación administrativa no constituye per se la violación de un deber de ciudadano, el cumplimiento estricto de dicha reglamentación no conlleva la realización de una conducta indiferente al Derecho Penal, ya que se reitera, la materia de la prohibición, debe buscarse en las circunstancias concretas que rodean el caso, más que en normas de carácter abstracto y general. "El principio de confianza, no puede ser interpretado como una delegación irrestricta a lo realizado por su subordinado directo, desentendiéndose en forma absoluta del trámite que precisamente requería su firma para ser iniciado. Además, la existencia de numerosas solicitudes en la que el secretario se encontraba autorizado para cobrar, hacían procedente que la legisladora hubiera agudizado los recaudos para garantizar la regularidad del trámite, máxime cuando la imputada desempeñaba una función pública de trascendencia institucional y se disponía sobre fondos públicos. No se trata aquí de imponer un deber que va más allá de las posibilidades ciertas y concretas con que objetiva y subjetivamente contaba la imputada, sino que se le reprocha no haber verificado lo que ella misma respaldaba con su firma, esto es, el contenido de la disposición que concedía el subsidio, comprobación que podía y debía realizar para evitar que su secretario aprovechara esa negligencia e imprudencia para cometer dolosamente los delitos que se tuvieron por probados.

"Tampoco puede tener cabida la argumentación de que la ausencia de previsibilidad por parte de la imputada la exime de responsabilidad, pues por su falta de control de la labor desarrollada por su secretario, con relación al otorgamiento de subsidios, no cabe concluir que una actitud dolosa por parte de éste no resultaba previsible, atento a esa misma actitud negligente de la nombrada. No opaca esta conclusión

el aludido principio de confianza entre ambos, relación que obviamente existía pero que no autoriza a obviar la responsabilidad de la legisladora, la que emerge de su propia conducta culpable, máxime si se tiene presente que la acción delictiva del secretario surge de una delegación impropia de sus tareas como legisladora. Es decir no se trataba de una división de trabajo entre pares; sino, antes bien, que la imputada de- satendía sus funciones, delegando las mismas en su secretario, firmando sin control alguno los proyectos de disposiciones que éste le presentaba, desinteresándose en forma absoluta del tema.

"Corresponde desear el argumento de la defensa relativo a que la legisladora no tenía el carácter de administradora de los fondos con que se pagaban los subsidios que otorgaba, en función de que los cheques que emitía la Secretaría Administrativa de la Legislatura constituirían valores autónomos, que no pueden ser considerados como caudales o efectos con los alcances del artículo 262 del Código Penal, al entender que dicha disposición está dirigida a todos los funcionarios que tienen fondos públicos, ya sea que estuviesen encargados de cuidarlos, como los tesoreros, de percibirlos, como los cobradores, o de administrarlos, como ciertos jefes de reparticiones; ya que la nombrada tenía la facultad efectiva de disponer de los fondos públicos mediante el trámite que se iniciaba a través de una disposición por ella suscripta, de forma tal que la legisladora tenía la posibilidad no ya de custodiar los fondos, sino inclusive de disponer de ellos asignando concretamente la forma en que éstos eran gastados. Esta definición concuerda perfectamente con el concepto de administrador que se da cuando el funcionario está facultado administrativamente de disponer de los bienes, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente. Es claro que la imputada tenía la gestión de los fondos que asignaba en concepto de subsidios; a través de las disposiciones que de acuerdo a las reglamentaciones podía suscribir, disponía de ellos. El argumento de que la legisladora sólo tenía la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos resulta sólo aparente, pues la disposición suscripta por la legisladora llevaba al pago del beneficio que ella asignaba a un particular, sin perjuicio del circuito administrativo que debía recorrer la disposición".⁴²

⁴² STJ de Tierra del Fuego, 23-5-2000, "F., H. L. y M. T. M. sobre defraudación

En la misma sentencia se condenó al secretario de la diputada como autor del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública (art. 174, inc. 5º del Cód. Pen. y último párrafo con relación al art. 172 del Cód. Pen.) reiterado en 18 oportunidades, en concurso real y cobró subsidios otorgados a favor de personas o entidades que nunca los habían solicitado, o que el subsidio otorgado fue cobrado y reintegrado al secretario, o que fue solicitado y concedido pero no abonado al beneficiario, o que fue solicitado y concedido al beneficiario una suma menor a la adjudicada, quedándose el acusado con la diferencia. Por último, merece ser destacado que en el caso del artículo 395 del anterior Código Penal español se posibilitaba que el funcionario en las condiciones descritas por el artículo "reintegrarse antes del juicio, dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro", obteniendo de ese modo que la pena, originariamente de multa a su cargo, pasase a ser de "represión pública".⁴³

b) Tipo subjetivo

No renunciemos a la tipicidad subjetiva en el tipo culposo, y sus características son la previsibilidad o la reconocibilidad individual de los elementos del tipo objetivo: sujeto, objeto, resultado, acción, infracción al deber de cuidado y causalidad de la evitabilidad⁴⁴. En esta figura la modalidad culposa es amplia: el funcionario público pudo haber obrado de acuerdo a cualquier forma del delito culposo, esto es, por imprudencia, negligencia, inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

contra la administración pública y esta, encubrimiento por omisión de denuncia y malversación culposa", expte. 372/2000 STJ-SR, ya citado.
⁴³ POLAINO NAVARRRRETE, ob. cit., p. 382, quien explica que a su criterio se trataba de una excusa absolutoria incompleta "determinante de una actuación punitiva, por el reintegro funcional de la cantidad sustraída por un tercero en virtud de la negligencia del funcionario", lo que a su juicio se traducía en un plazo de reintegro ampliamente extensivo y generoso.

En similar sentido, Suárez Montes, citado por Polaino, para quien se trataba de lo que denomina "una semiexcusa absolutoria", para esta suerte de tipo privilegiado, respecto del que se preveía la pena de represión pública.

⁴⁴ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 292.

Se distingue así de la figura culpable oportunamente prevista en el ordenamiento español, para el cual únicamente se castigaba la conducta del funcionario que se traducía en un abandono o negligencia inexcusables, lo que de acuerdo a Muñoz Conde debía ser entendido como la falta de la más elemental precaución y prudencia y no simplemente la mera imprudencia. En consecuencia, en aquel el tipo se restringía a la "imprudencia temeraria"⁴⁵.

No hay tentativa, como no la hay en los delitos culposos.

c) *El problema de la autoría*

Esta figura también ha desaparecido del actual Código Penal español, pues planteaba serios inconvenientes con las posiciones dominantes sobre autoría. Se la ha sustituido por un tipo penal que contempla la posibilidad del dolo eventual o alta probabilidad y se refiere a los casos en que el funcionario por acción o por omisión, con ánimo de lucro, consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los bienes públicos. Se trata de contemplar como autor los supuestos de cooperación necesaria. No se necesita un acuerdo entre quien sustrae y el funcionario que lo consiente, según Rodríguez Devesa.

V. La asimilación por las cualidades del sujeto activo, o del objeto de la administración o custodia

Establece el artículo 263 del Código Penal: "Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren 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".

a) *Tipo objetivo*

Las acciones a que se refiere el artículo son las previstas por los artículos 260, 261, párrafo 1º y 262: malversación simple, peculado

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 801.

y malversación culposa. Queda afuera el peculado de trabajos o servicios porque no son caudales.

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 de ser públicos no haría falta la equiparación. Incluye, según Pacheco, a los bienes de los particulares siempre que sean depositados por la autoridad.

Los caudales deben haber sido embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente. Se exige que la constitución del depósito, administración o custodia haya sido realizada respetando las formalidades establecidas por la ley, las normas del Código Civil, artículo 2185, constituirse por decreto judicial (art. 2186) con imposición de las obligaciones que se asumen (art. 2182) y la tradición de la cosa objeto del depósito (art. 2190); el fin es la guarda de la cosa (arts. 2192 y 2216), tener la cosa en el lugar del depósito (art. 2202).

Para Buompadre se distinguen dos partes bien diferenciadas:

a) Una equiparación entre ciertos bienes del Estado (caudales o efectos públicos) y otros que se estiman merecedores de igual protección.

b) Otra equiparación entre sujetos particulares y funcionarios públicos que son los titulares de la administración y depósito de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente⁴⁶.

Resulta ineludible llamar la atención sobre la interpretación que ha hecho cierta jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre la relación de esta figura con el 261⁴⁷.

Para esta posición la figura del artículo 263 del Código Penal resulta "subsidiaria" a la del peculado, "y si bien participa de las mismas exigencias para la tipicidad, la figura de aplicación en este caso, comprende también la necesidad de la existencia de un real perjuicio de los intereses del acreedor".

⁴⁶ BUOMPADRE, ob. cit., p. 271.

⁴⁷ Nos referimos a un fallo de la sala II de Casación dictado en los autos "C. de A.", c. 1169, resuelta el 14-10-97, con el voto que lidera el Dr. Pedro David y adhesión de los Dres. Mitchell y Madueño.

Es decir, entonces, que por vía de interpretación se ha incorporado un requisito adicional al tipo, el que resulta ser "el perjuicio patrimonial". El razonamiento, a nuestro entender, resulta equivocado. Si, como ya hemos visto, no se exige perjuicio patrimonial en la figura del peculado, aquí tampoco podrá ser requerido.

En rigor, y sin decirlo expresamente, el fallo cuestiona:

— El bien jurídico protegido por estas figuras de este capítulo adhiriendo a las modernas concepciones que en Europa lo analizan como un delito contra el patrimonio del Estado, una defraudación agravada;

— o bien cuestiona la ubicación sistemática del 263 en este capítulo. La balanza parece inclinarse en sostener esta última hipótesis, pues en dicho precedente se sostiene: "la malversación es un delito contra la administración y la infidelidad del depositario judicial lo es contra la administración de justicia, éste es un servicio que se pone en movimiento en razón de un interés particular y no cobra autonomía más allá de los intereses que impulsan al mismo a procurar su servicio y si estos intereses no resultaron afectados, no hubo bien jurídico afectado en el caso".

En nuestro entender, la sustracción, sea la del peculado del 261 o del 263, se consuma con la violación de custodia, con ese "separar", "extraer", conceptos con los que definimos el verbo típico. Por tanto, no se exige apoderamiento ni apropiación, y se prescinde del perjuicio patrimonial que el embargante pudo sufrir⁴⁸.

b) Tipo subjetivo

Tratándose de los supuestos de los artículos 260 y 261, es una figura dolosa. En consecuencia, el sujeto debe contar con el conocimiento de que reúne la condición de administrador, custodia o depositario de los bienes, por lo que la ausencia o el defecto de dicho conocimiento puede acarrear un error de tipo.

Tratándose del supuesto contemplado en el 262, la conducta es culposa.

⁴⁸ En esta línea se inscribe la mayoría jurisprudencia de la CCrim. de la Capital Federal, vgr. CNCCorr., sala VI, 24-4-95, c. 26.714; sala IV, 16-5-2000, "C., J. M.", y 31-3-87, c. 32.410.

c) *Atribuidad*

Se descarta la responsabilidad por el hecho en el caso de coacción o colisión de deberes que funcione como el estado de necesidad ex-culpante o disculpante.

Cabe considerar la existencia de error de prohibición directo o indirecto por consejos letrados.

d) *Autoría*

Se requieren calidades especiales de autor. Debe tratarse del administrador o de quien tenga la guarda o custodia de los bienes de establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, o del administrador o depositario así designado por autoridad competente de bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública nacional, provincial o municipal.

De ese modo, autor en sentido estricto sólo puede serlo el que ostenta las cualidades personales exigidas en el tipo: la de funcionario público o asimilado. En consecuencia, se trata de un delito especial propio⁴⁹.

VI. *Demora injustificada de pago y negativa a entregar bienes*

En este caso reza el artículo 264 del Código Penal: "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.

"En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración".

Estas figuras fueron tomadas del anterior Código Penal español (art. 398) y constituyen formas omisivas de poca entidad y relevancia dignas de ser consideradas infracciones administrativas en lugar de delitos autónomos.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 805.

Apunta el maestro Polaino Navarrete que ambas conductas constituirían un tipo subsidiario de las figuras propias de la malversación. Si se producía la sustracción o distracción de caudales públicos con anterioridad, quedaba concretado el tipo prioritario, resultando irrelevante la omisión posteriormente verificada⁵⁰.

a) *Demora injustificada de pago*

Para Soler, la primera figura se trata de una conducta omisiva, una desobediencia calificada por la condición del sujeto activo con relación al tipo básico del artículo 239, y como tal debería estar ubicada en ese capítulo⁵¹.

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.

Este término puede estar regido por 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 no dar, en ese tiempo, orden de pagar (cuando el pago debe efectuarse por otro funcionario o un tercero y es menester la orden del autor).

La acción de no pagar será típica únicamente cuando, no obstante poder (porque se poseen los fondos), se omite el pago debiéndose pagar (porque es tiempo oportuno).

Pago ordinario es aquel que la administración pública efectúa periódicamente, de acuerdo con un presupuesto, y que no tiene que ser motivo de una decisión especial.

Pago decretado es aquel que surge de una resolución especial de la autoridad, como son los pagos de facturas, o la orden de pago dispuesta en un juicio, etcétera.

⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 385.
⁵¹ SOLER, ob. cit., t. V, párr. 143-10.

La clave de esta figura reside en que los fondos sean expedidos, es decir, aquellos destinados al pago del objeto de que se trate, que sean suficientes para afrontarlo, y que existan en el tiempo en que el pago se debe satisfacer⁵².

El término "injustificadamente" se trata de un elemento normativo del tipo. Como tal, el conocimiento exigido de este elemento consiste en la valoración paralela del autor en la esfera del lego⁵³⁻⁵⁴.

Si los fondos no están a disposición del funcionario, la conducta es atípica.

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. Lo expuesto lleva a que se acepte el dolo directo y, como contrapartida, se admita la viabilidad del error de tipo en caso de desconocimiento de alguno de los elementos del tipo objetivo⁵⁵.

No es admisible la forma culposa⁵⁶.

La voluntad debe comprender al objeto de conocimiento, no requiriendo la presencia de ningún ánimo especial o de elementos subjetivos distintos del dolo.

3) Antijuridicidad

La conducta del funcionario puede estar justificada en virtud de lo dispuesto por el artículo 34, inciso 3º del Código Penal.

Sobre este aspecto, no es difícil suponer algún ejemplo en el cual el funcionario público no cumpliera con el mandato (pagar) para atender

⁵² De modo coincidente se pronuncian autores de la talla de Creus y Soler.

⁵³ Según el sentido que concibiera el maestro alemán Edmund Mezger.

⁵⁴ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, p. 98, nota 152, explica los alcances de esta valoración.

⁵⁵ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 309.

⁵⁶ Si bien de similar factura, la figura oportunamente prevista en el ordenamiento penal español en el artículo 398 admite la modalidad culposa, a mérito de la cláusula general prevista en la Parte general del Código (conf. Suárez Montes, citado por POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 385).

el salvataje de un interés jurídico que tutele un bien de mayor valor (ejemplo de inundaciones, desastres, u otros cuya especial atención pueda recaer en el funcionario de que se trate)⁵⁷.

4) *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. Siempre dependerá de la modalidad (si el pago es ordinario conforme a la ley, el reglamento o la costumbre administrativa, o si es del tipo especial, en que debe atenderse al tiempo decretado que determina la orden).

Este delito tampoco admite tentativa.

5) *Autoría*

Autor sólo puede ser el funcionario público que tiene a su cargo el pago y que puede disponer del dinero (por eso se dice que es doblemente especializado: por la calidad de funcionario y por la relación especial con los bienes, esto es, tener la posibilidad de pago y tener fondos expedidos).

Los demás intervinientes podrán ser castigados a título de partícipes.

b) *Negativa a entregar bienes*

Reza la segunda parte del artículo 264: "En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehuse entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración".

Aquí también estamos en presencia de una forma de desobediencia. Más aún, se trata de una desobediencia específica, por aludir a una orden dirigida a un funcionario que ejerce funciones determinadas respecto del objeto del delito.

⁵⁷ En el mismo sentido que se viera al invocar la jurisprudencia que aceptaba tales extremos para el caso de malversación.

Pero esto no le quita el carácter de malversación, en tanto entorpece el normal ejercicio de la administración pública⁵⁸.

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 ha sido ordenada. Importa un desobedecer el requerimiento efectuado por la autoridad competente⁵⁹.

Se trata de un tipo omisivo propio, ya que la norma que subyace conforma un mandato. Se le ordena al funcionario público la entrega de los efectos depositados bajo su custodia o administración por el requerimiento de la autoridad competente⁶⁰. Para que se dé el tipo es menester una orden de autoridad competente. Esta orden debe imponer una entrega. Cualquier otra acción queda fuera del tipo penal.

En consecuencia, tiene que tratarse de una simple negativa a entregar, efectuada de forma explícita o implícita. Explica Marco Terragni que esta última hipótesis podría darse cuando el funcionario afirma que está dispuesto a hacer la entrega pero oculta el bien para no materializarla. En este último caso se tratará de un ocultamiento para, pura y simplemente, no entregar, pero no para apoderarse de él⁶¹.

En este sentido se pronunció la jurisprudencia al decir que ha incurrido en el delito de malversación previsto en el artículo 261 del Código Penal y no en el del artículo 264 el funcionario público que no se limitó a eludir la devolución de los valores que se le reclamaban, sino que negó reiteradamente que los hubiera recibido, actitud demostrativa de su intención de apropiárselos, aunque posteriormente los haya restituido⁶².

⁵⁸ En sentido concordante, autores de la talla de Soler, Núñez, Creus.

⁵⁹ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 308.

⁶⁰ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 308.

⁶¹ TERRAGNI, Marco, *Malversación de caudales públicos*, en su obra *Delitos propios de los funcionarios públicos* cit., p. 263.

⁶² CFed. de La Plata, 20-4-45, J. A. 1945-III-275, citado por TERRAGNI, ob. cit., p. 263.

La ley alude a cantidad o efecto.

En el primer caso, la ley no se refiere a caudales sino a cantidad. No cualquier especie de bien queda comprendida, sino aquella en que los bienes son determinables por cantidad (no 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 —concebibles 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).

En el segundo caso, la doctrina remite al que se le asigna en el artículo 260 ya comentado.

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. Se podría dar error de tipo en caso de desconocimiento concreto de alguno de los elementos del tipo objetivo.

3) Antijuridicidad

Aquí también es imaginable una acción de no entregar justificada.

4) Attribubilidad

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.

5) 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 la situación al tipo penal del peculado.

“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 [...] el parentesco común de ser modos que integran un mismo título...”⁶³

Maurach, refiriéndose a los delitos de omisión propia, sostiene que no se trata de delitos de resultado, y que el legislador al contemplar el emprendimiento lo circunscribe a su consumación⁶⁴.

Sin perjuicio de ello, Donna considera que aun en delitos de mera actividad o de peligro abstracto, la tentativa resultaría posible más allá de las dificultades que se presenten. En definitiva, dependerá de si la acción es escindible y reclama cierto espacio de tiempo⁶⁵.

Buompadre entiende que la tentativa no resulta admisible⁶⁶.

Apunta asimismo que el empleo del verbo restituir puede generar equívocos a la hora de determinar la conducta típica, pues restituir importaría la entrega de una cosa al autor “con obligación de restituirla”, situación que no necesariamente debe concurrir en esta figura.

Prefiere hablar de negativa a entregar.

La crítica nos parece atinada. Aun así, no se contraponen a lo afirmado por Donna a lo largo del tratamiento de la figura en cuestión⁶⁷.

VII. ¿Es posible otra interpretación de las figuras reguladas en este capítulo del Título XI del Código Penal, a partir de la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción al bloque de constitucionalidad?

a) Disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción incorporada al bloque de constitucionalidad por ley 24.759

La malversación es corrupción, por cuanto en el Preámbulo se establece: “Convencidos de la necesidad de adoptar cuanto antes un ins-

⁶³ Cfed. de La Plata, 20-4-45, ya citado, párrafo, destacado por Laje Anaya y reproducido por DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 310.

⁶⁴ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., ps. 42 y ss.

⁶⁵ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 310, y DONNA, Edgardo, *La tentativa*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1996, p. 57.

⁶⁶ BUOMPADRE, ob. cit., p. 283.

⁶⁷ Ver DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, ps. 257 a 310.

trumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos".

En el artículo 1º la Convención define conceptos cuya enunciación interesa a la presente. Ellos son:

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.

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.

Bienes: 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.

El artículo 6º define los actos de corrupción. En lo que nos interesa, el inciso c, establece que se considerarán: "La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero". El inciso d, dice: "El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo".

El artículo 11 establece las conductas que los Estados partes se obligan a tipificar. En lo que nos interesa, el inciso b, dice: "El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o ins-

situaciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada".

El inciso d, dice: "La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa".

Y el artículo 11, inciso 2º dice que "Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos [como Argentina], éstos serán considerados actos de corrupción...".

El artículo 12 establece que "Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado".

b) Conclusiones

De la interpretación armónica de la Convención Interamericana contra la Corrupción y nuestra actual redacción de la malversación en el Código Penal es dable colegir que:

a) Podría cuestionarse la figura de la malversación genérica establecida en el artículo 260 del Código Penal. El argumento decisivo es que la desviación por sí sola no constituye un acto de corrupción, sino que es necesario que la desviación ajena a su objeto sea en beneficio propio o de terceros, con lo cual entraríamos en la figura del peculado. De esta manera respetaríamos el principio de mínima intervención del Derecho Penal, el principio constitucional que exige lesión y en caso de producirse su derogación se abrazaría la moderna orientación legislativa europea, que como España ha dejado relegada esta figura al ámbito administrativo.

b) La figura de la malversación culposa establecida por el artículo 262 del Código Penal también podría ser cuestionada. El argumento decisivo es que a lo largo de distintas disposiciones la Convención requiere dolo o intención manifiesta de aprovechamiento (para sí o para un tercero). El "diere ocasión" de que habla la figura culposa no satisface estos extremos. Recuerdese que el artículo 6º exige obtención ilícita de beneficios o aprovechamiento doloso y el artículo 11 exige

aprovechamiento indebido o desviación en beneficio propio o de terceros. No olvidemos las dificultades interpretativas que genera la figura en el ámbito dogmático, lo que llevó a los españoles a la derogación, reservando el castigo de la violación al deber objetivo de cuidado al Derecho Administrativo.

c) La equiparación prevista del depositario o administrador en la figura del artículo 263 del Código Penal podría llevar a una reinterpretación en los términos de la Convención. Asimilar estos conceptos a los de funcionario público parece exceder el espíritu de la Convención. En este sentido cabría razón a la sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo "C. de A.", que reubica el bien jurídico protegido como la administración de justicia, y en este sentido resultaría válido exigir la existencia de un perjuicio.

d) El peculado se reafirma en su concepción clásica en cuanto se visualiza como un delito contra el normal funcionamiento del Estado.

Sustraer significa extraer de la administración pública. El uso indebido o el aprovechamiento de los bienes satisfacen la exigencia típica.

Por otra parte, el artículo 12 es contundente al afirmar que no es necesario que los actos de corrupción produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

VIII. Reflexión final

Se han expuesto de modo muy sintético los elementos típicos y ciertas características de los delitos de malversación y peculado. La aportación de algunas ideas ha perseguido de modo esperanzado provocar la curiosidad por una nueva lectura de conceptos no exenta de crítica a las posiciones que asumimos.

Ya decía Gimbernat Ordeig que la ciencia no siempre se ocupa suficientemente de la praxis y ésta tampoco muestra demasiado interés por la dogmática científica. Y se preguntaba: ¿Después de todo para qué sirve la ciencia del Derecho Penal si no logra influir sobre la jurisprudencia? Y a su vez replicaba: ¿No es acaso el Derecho de los tribunales "el Derecho real", el que efectivamente se aplica?

Asumiendo como altamente beneficiosa la tarea del dogmático que no se desentiende de la praxis, ni de la importancia e influencia que a su vez ejerce la dogmática sobre la administración de la justicia penal⁶⁸, compartimos con Gimbernat el anhelo de fomentar el diálogo entre ambas "comunidades" con miras a su mutuo enriquecimiento⁶⁹.

⁶⁸ Sobre este aspecto, nos remitimos a las exposiciones de Héctor M. Magariños y Javier A. de Luca contenidas bajo el título *Función de la dogmática en la administración de justicia penal*, en *La justicia penal hoy*, Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, Cap. II, ps. 75 y ss. y 83 y ss.

⁶⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, ps. 122/3.

EI CONTROL DEL LAVADO DE DINERO Y LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR

por RICARDO M. PINTO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Las implicancias del problema del lavado de dinero. 1. Los métodos de lavado. 2. Los efectos económicos del lavado de dinero. 3. Asignación incorrecta de los recursos económicos. 4. Corrupción del sistema financiero. 5. Transferencias de fondos con efectos desestabilizadores en la economía mundial. III. La cooperación en materia penal y el control del lavado de activos. 1. El lavado de activos afecta el orden socioeconómico de los Estados. IV. Principios que nutren la cooperación penal internacional, asistencia judicial y administrativa. 1. Cartas rogatorias. V. Instrumentos internacionales de cooperación jurídica penal y en el ámbito del lavado de activos. 1. La Convención de las Naciones Unidas sobre Drogas de 1988, Convención de Viena. 2. Europa. 3. Convenio de Estrasburgo del 8-11-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito. 4. Directiva 91/308/CEE del 10-6-91 sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales. 5. El Grupo de Acción Financiera (GAFI) y otros grupos regionales de ese estilo: Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) y Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). 6. Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, 2000. VI. Instrumentos de asistencia y cooperación en materia penal en el contexto iberoamericano. 1. La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. 2. Organización de los Estados Americanos (OEA), CICAD. 3. Reglamen-

¹ UBA-Instituto de Ciencias Penales. Este trabajo resulta parte de la investigación realizada en la Unidad para el Control de Activos OEA-CICAD, a cargo del Dr. Franzini Batlle.

to Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves, CICAD. 4. La Convención Interamericana contra la Corrupción. VII. Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales de los Estados Partes del Mercosur. VIII. Conclusión.

I. Introducción

El crimen organizado, el tráfico de estupefacientes, la corrupción política y otros graves crímenes generan grandes ganancias ilícitas, las que al ser blanqueadas se legalizan al ingresar en el circuito financiero. Esta situación ha creado la necesidad actual de controlar el lavado de activos por parte de los gobiernos en todas partes del mundo. La respuesta internacional a este proceso de globalización del crimen, y su correspondiente transnacionalización, es la cooperación en temas criminales, o dicho de otra forma, la cooperación internacional judicial en materia penal. A su vez, el control del lavado de dinero tiene dos aspectos fundamentales: 1) la inmovilización y decomiso, en su caso, de los activos ilícitos, y 2) los esfuerzos para criminalizar, descubrir y castigar el lavado de activos tanto a nivel nacional como internacional. La inmovilización o embargo y el decomiso de bienes proveen importantes herramientas para combatir a las organizaciones criminales.

Son entonces las actuales características del mercado internacional las que, debido al creciente progreso en las comunicaciones y a la apertura de mercados, permite el desarrollo de organizaciones criminales. Resulta necesario contar entonces con instrumentos para combatir este fenómeno. En este sentido, la cooperación en materia penal está dirigida pues a posibilitar la eficacia en las investigaciones criminales y a lograr la ubicación, embargo y decomiso de activos de origen ilícito a partir de los tratados de asistencia legal mutua y otros acuerdos bilaterales entre Estados.

Este trabajo tiene como finalidad presentar una breve síntesis de los convenios internacionales que regulan la materia, para luego describir las características de los instrumentos que se aplican en el ámbito iberoamericano y en el Mercosur.

II. Las implicancias del problema del lavado de dinero

Tanto el orden socioeconómico como la salud financiera del Estado se ven comprometidos por las acciones de lavado de dinero; en este aspecto es posible identificar como valores afectados tanto la libre competencia como la estabilidad y solidez del sistema financiero². Hay que valorar que uno de los objetivos de las organizaciones criminales es corromper a los funcionarios públicos para lograr prebendas y beneficios aparentemente legales que las favorezcan. A su vez, estos funcionarios públicos corrompidos tienden a lavar el dinero proveniente de sus ilícitos, tales como el cohecho, los pagos ilegales y la sustracción de fondos obtenidos a través de instituciones financieras internacionales³.

Por otro lado el principio de libre competencia que se fundamenta en el concepto de confianza, y que es uno de los pilares sobre los cuales descansan la economía de mercado y el desarrollo económico, resulta afectado por esta problemática, toda vez que el objetivo de la criminalidad organizada es infiltrarse en la economía legal y lograr mercados monopolísticos que eliminen la libre competencia, siendo éste uno de los principales riesgos de los mercados controlados por una organización criminal⁴.

Si los gobiernos no pueden controlar el lavado de dinero, estos mecanismos pueden afectar la demanda de dinero, convirtiendo la tasa de interés y de cambio de los países en vías de desarrollo en altos índices de volatilidad y causando inflación⁵. La finalidad de las organizaciones criminales es optimizar las ganancias para el grupo o para un miembro

² BLANCO CORDERO, Isidro, *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, España, 1997, ps. 191 y ss.

³ www.undcp.org. *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito, Nueva York, 1999.

⁴ BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 196.

⁵ www.undcp.org; en el marco de la CICAD se ha establecido una Estrategia Antidrogas en el Hemisferio en la cual se destaca, dentro de las medidas de control, apartados 27 y siguientes, que el desmantelamiento de las organizaciones criminales y sus redes de apoyo debe ser uno de los objetivos clave que tomen los países del Hemisferio; ver www.cicad.oas.org.

del mismo y el lavado de dinero consiste en la disimulación de los frutos de actividades delictivas con el fin de disimular y ocultar su origen ilícito⁶.

Actividades criminales tales como la venta de armas, el contrabando o el tráfico ilícito de drogas generan grandes sumas de dinero, por lo que las organizaciones criminales necesitan encontrar una vía para utilizar los fondos sin despertar sospechas respecto al origen ilícito de éstos⁷. Últimamente el desarrollo de modernas y sofisticadas formas de actividad criminal transnacional ha creado la preocupación por la insuficiencia de legislaciones nacionales eficaces para combatir el crimen organizado y las actividades tendientes a lavar el dinero proveniente de sus actividades ilícitas⁸. Asimismo se ha detectado que los grupos terroristas son en parte subvencionados por organizaciones aparentemente lícitas que lavan dinero para solventar actividades ilegales⁹. A partir del fenómeno señalado surgieron nuevas legislaciones y esfuerzos en el ámbito internacional para combatir el lavado de dinero; así, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, conocida como la Convención de Viena de 1988¹⁰, el Reglamento Modelo sobre Delitos Graves, de la CICAD de 1992¹¹, y la última convención sobre

⁶ FATF-GAFI, *Financial Action Task Force on Money Laundering, Basic Facts about Money Laundering*, ver www.oecd.org/fatf. El concepto encubrir implica la acción dirigida a lograr que el crimen cometido o sus consecuencias queden impunes en cuanto no pueda ser aprehendido el criminal y no pueda ser secuestrado el botín obtenido. En cambio, el concepto de disimular, si bien puede ser entendido como encubrir, se diferencia de éste toda vez que no abarca únicamente el concepto clásico del delito de encubrimiento, sino la obstrucción del descubrimiento del origen de una cosa, en el tema en análisis del origen ilícito de los bienes.

⁷ Idem.

⁸ CICAD-OEA, *Manual de apoyo para la tipificación del delito*, 1998.

⁹ Este nuevo fenómeno es estudiado y legislado en los Estados Unidos en la última legislación para el control del lavado de dinero incluida en la US Patriot Act del año 2001 que surge con motivo de los atentados del 11-9-2001 que afectaron a dicho país.

¹⁰ UN, *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 1988.

¹¹ Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D. C., Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas; de aquí en más se cita la normativa como Reglamento Modelo CICAD.

la temática, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)¹². Del mismo modo, tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional han realizado esfuerzos tendientes al control de esta actividad¹³.

El desarrollo actual de la delincuencia es hacia una criminalidad organizada y no individual; el crimen organizado vuela sus ganancias ilícitas en empresas regidas por las leyes del mercado, las que dirigen su acción a la obtención de beneficios económicos aprovechando las oportunidades que brinda una economía mundial globalizada. Las estimaciones sobre los alcances del lavado de dinero indican que éste supera el Producto Bruto Interno de la mayoría de los países, lo cual permite comprender fácilmente que las organizaciones criminales manejan fortunas y que resulta importante estudiar y legislar a efectos de combatir este fenómeno¹⁴.

Las consecuencias dañosas de esta nueva realidad pueden describirse como la contaminación y desestabilización de los mercados financieros poniendo en peligro las bases económicas, políticas y sociales de la democracia¹⁵. Dado que la integridad del sistema bancario y de los servicios financieros depende fundamentalmente de la percepción que de los mismos tenga la sociedad, dicha reputación, entendida como integridad, es uno de los valores más importantes de ambos sectores. Si los fondos provenientes de actividades ilegales pueden entrar en una institución integrante del sistema por la participación intencional de un empleado o por su negligencia, la institución puede verse involucrada en una actividad delictiva asociada a una organización criminal, afectando negativamente la reputación de la institución¹⁶. Téngase en cuenta que el Fondo Monetario Internacional ha señalado como

¹² UN, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, ver art. 5° que penaliza la participación en un grupo delictivo organizado, y art. 6° que penaliza el blanqueo del producto del delito, entre otros.

¹³ Ver en este sentido los ensayos publicados por estas instituciones: *International Monetary Fund and World Bank: Enhancing contributions to combating money laundering*, April 2001, y *Financial System Abuse, Financial Crime and Money Laundering*, February 2001, en www.imf.org.

¹⁴ BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 32.

¹⁵ Idem.

¹⁶ FATF-GAFI, idem. Este ha sido el fundamento para desarrollar el Programa

consecuencias perversas del lavado de activos a escala macroeconómica el cambio inexplicable en la demanda de dinero, lo que aumenta los riesgos bancarios, contaminando transacciones financieras e incrementando la volatilidad del flujo de capitales y el cambio de las tasas de interés debido a cambios sin anticipación de capitales entre distintos países¹⁷.

Es por las razones antes señaladas que el fenómeno del lavado de activos afecta en forma novedosa valores sociales tales como el orden socioeconómico¹⁸, al afectar tanto la libre competencia como la estabilidad y solidez del sistema financiero, circunstancia que se proyecta sobre las instituciones políticas erosionando su legitimidad¹⁹.

Los estudios realizados durante la década de los '90 concluyeron que el lavado de dinero asciende al dos por ciento del Producto Bruto Mundial²⁰. No obstante, las mismas evaluaciones destacaron que dicha aproximación podría no reflejar la magnitud del problema²¹, y la evaluación de dicha magnitud del problema requiere que se considere: 1) los métodos de lavado; 2) los efectos económicos del lavado de dinero, y 3) el origen criminal de los ingresos²².

1. Los métodos de lavado

El desarrollo de las organizaciones criminales, por una parte, y de

Hemistérico para la capacitación de funcionarios bancarios y de entidades reguladoras de entidades financieras financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo, del cual la CICAD es Agencia Ejecutora.

¹⁷ Idem.

¹⁸ BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 187.

¹⁹ Idem, p. 197.

²⁰ Citado por RAINE, L. P. y CILLUFFO, en *Global organised crime, the new empire of evil*, Center for Strategic and International Studies, Washington, 1994;

QUIRCK, Peter J., *Macroeconomic Implications of Money Laundering*, Monetary and Exchange Affairs Department, International Monetary Fund, June 1996.

²¹ McDONELL, Rick, *Money Laundering Methodologies and International and Regional Counter-Measures*, National Crime Authority, NSW, presentado a la conferencia *Gambling, Technology and Society: Regulatory Challenges for the 21st Century*, organizada por el Instituto de Criminología Australiano, Sydney, 7/8-5-98.

²² Es sintomático que el Grupo Ad-Hoc de la FATF para medir la magnitud del lavado de activos no haya podido arribar a conclusiones válidas y haya puesto fin a sus reuniones.

los instrumentos monetarios electrónicos, por otra, cambió el panorama de los instrumentos de lavado de dinero.

La globalización de la economía ha aumentado significativamente con el desarrollo de los mercados, la desregulación de los sistemas financieros y la reducción de los controles en las fronteras. Este proceso de globalización beneficia a las organizaciones criminales que desarrollan mecanismos de lavado de dinero que les permiten rápida y discretamente inyectar en los mercados mundiales el capital que resulta de actividades ilícitas. En este contexto, el dinero en proceso de lavado genera movimientos rápidos de capital y por ende participa en los movimientos especulativos.

Entre los instrumentos más utilizados para disimular el origen del dinero figuran las letras bancarias, fideicomisos, autopréstamos y *swaps*.²³ Y como consecuencia del desarrollo de técnicas más modernas de lavado de dinero existe ahora una demanda de profesionales tales como notarios (escribanos), abogados y contadores capaces de elaborar estructuras complejas para aprovechar las falencias en materia de regulación y control y las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de diversos países. Diferencias que pueden ser aprovechadas para la comisión de un delito que, como el lavado de activos, es eminentemente transnacional.²⁴ En fin, el proceso de globalización no ayuda a medir el peso del lavado de dinero en la economía mundial y, al contrario, dicho proceso es aprovechado por la empresa criminal que mediante la diversidad de las técnicas y de los profesionales involucrados puede disimular las maniobras tendientes a blanquear activos.

Otro cambio en el panorama consiste en los instrumentos monetarios electrónicos que favorecen el carácter anónimo y la velocidad de las transacciones. A pesar de que el último reporte de la FATF destaca la permanencia de las técnicas clásicas de lavado como la compra en efectivo de objetos de lujo y los contratos de leasing²⁵, la internet ofrece nuevas oportunidades de lavado de dinero y está menos reglamentada que los medios tradicionales de lavado. Los servicios financieros ofrecidos por internet no son, estrictamente, originales; más bien

²³ Informe sobre tipologías de lavado de dinero, 2000-2001, FATF.
²⁴ Informe anual, 2000-2001, FATF.

²⁵ Idem.

son los servicios tradicionalmente brindados por las entidades financieras, tales como pagos directos, transferencias de fondos y compra de títulos de valores que ahora se pueden obtener vía electrónica. El problema que acarrea la oferta de este tipo de servicio por internet radica en que hace dificultosa la identificación de las partes en proceso. En efecto, la internet funciona mediante una serie de servidores que normalmente conservan una prueba de cada conexión (número IP y fecha de la conexión); no obstante, dicha prueba no existe si un servidor no cuenta con un *log file*, quedando la transacción en el anonimato, sin posibilidad de ser registrada²⁶.

En conclusión, por su complejidad, los instrumentos de lavado participan directamente del "cáncer de la corrupción"²⁷ que se beneficia de la globalización y de las nuevas técnicas financieras para facilitar el proceso de disimulación de los orígenes de los activos del crimen organizado.

2. Los efectos económicos del lavado de dinero

Las estimaciones existentes calculan que el monto del lavado de activos tiene un promedio de entre 500.000 millones a 1.000.000 millones de dólares por año²⁸. El Fondo Monetario Internacional ha calculado que el lavado de activos tiene un valor de aproximadamente entre el dos y el cinco por ciento del Producto Bruto del mundo²⁹. El lavado de activos puede suceder en cualquier lugar del mundo, aunque generalmente los lavadores buscan los países con menor regulación en el tema.

El lavado de activos afecta la integridad del sistema bancario y financiero por cuanto estos servicios dependen de la percepción de profesionalidad y *standard* ético que de ellos tengan sus clientes³⁰. Es importante considerar que el lavado de dinero puede potencialmente

²⁶ Informe sobre tipologías de lavado de dinero, 2000-2001, FATF.

²⁷ Expresión usada por el presidente del Banco Mundial ante la Asamblea Anual de las Instituciones Financieras Multilaterales en 1996.

²⁸ Ver www.undcp.org/money-laundering, 2001.

²⁹ Ver www.oecd.org/fatf/Mlaundering, Informe de FATF, 2001.

³⁰ Ibidem; brinda la misma explicación el *Global Programme Against Money*

Laundering, www.undcp.org.

imponer costos en la economía mundial por cuanto tiene la capacidad de: a) dañar o al menos amenazar con perjudicar las operaciones económicas de los países; b) corromper el sistema financiero, reduciendo la confianza del público en el sistema financiero internacional, y por lo tanto incrementar el riesgo como la inestabilidad del sistema, y por último, c) como consecuencia de lo expresado, tiende a reducir la tasa de crecimiento de la economía mundial³¹.

También se ha afirmado que el lavado de activos tiene como efectos macroeconómicos indirectos: 1) Las transacciones ilegales pueden impedir o afectar las legales al tener efectos contaminantes. Por ejemplo, inversores extranjeros tienden a evitar invertir en mercados asociados con el lavado de dinero y corrupción. Se pierde entonces la confianza del mercado. 2) El dinero que es lavado por razones distintas a la evasión fiscal igualmente contiene una tendencia a evadir impuestos distorsionando la economía. 3) El lavado de dinero tiene un efecto contaminante en el cumplimiento de la ley, por cuanto si un aspecto del sistema legal es incumplido, otros actos ilegales probablemente se cometerán³².

Los últimos informes de las agencias de lucha antilavado adelantaron tres temas que están directamente vinculados al problema de los ingresos de origen criminal: la corrupción de políticos y funcionarios que apoyan las empresas de crimen, la infiltración de las actividades criminales en los negocios legítimos, y la presencia de organizaciones que proceden al lavado de dinero por otros crímenes que el de tráfico de drogas³³.

³¹ Ver TANZI, Vito, *Money Laundering and the International Financial System*, May 1996; FMI Working Paper, p. 2; ver asimismo respecto de los efectos económicos, WECHSLER, William F., *Follow the Money*, en *Foreign Affairs*, July/August 2001, ps. 41 y ss.; GILMORE, William C., *Dirty Money: The evolution of money laundering counter-measures*, Council of Europe Press, 1995, ps. 25 y ss.

³² Se sigue la clasificación efectuada por QUIRK, *Macroeconomic Implications of Money Laundering* cit., ps. 19 y ss.

³³ Informe anual, 2000-2001, FATF. NAVLOR, R. T., *Follow-the-money methods in crime control policy*, preparado para el Nathanson Centre for the Study of Organized Crime and Corruption, www.yorku.ca/nathanson/Publications/washout.htm. Asimismo puede consultarse www.cicad.org, en donde puede apreciarse que la CICAD organiza cursos de capacitación dirigidos a jueces y fiscales de los países miembros a efectos de capacitar en la temática del lavado de activos. Los cursos son auspiciados en forma conjunta por la CICAD (OEA) y el BID (Banco Interamericano de Desarrollo).

3. *Asignación incorrecta de los recursos económicos*

Los sujetos involucrados en el lavado de activos generalmente no buscan invertir en función de la tasa de retorno más conveniente, sino disimular el origen ilegal de los fondos invirtiendo en los lugares que permitan el reciclado de los fondos en cuestión. Por lo tanto, estos movimientos pueden tener una dirección contraria a la que es esperada conforme a los principios básicos de la economía. Es decir, el dinero puede ser movilizad desde países con buena situación económica y altos índices de retorno a países con pobres indicadores económicos y tasas de retorno menores, lo cual desafía las leyes de economía³⁴. Esto implica que debido al lavado de activos, el capital tiende a ser invertido en forma menos efectiva que en una situación en la que no hubiese lavado de activos. La tasa de crecimiento puede reducirse por los efectos de las organizaciones criminales y por la ubicación de los productos de estas actividades criminales³⁵. Esta forma de asignar los recursos no es consistente con una asignación óptima. Se presenta entonces una distribución incorrecta de los recursos mundiales asociada al lavado de activos en distintos países³⁶.

4. *Corrupción del sistema financiero*

Uno de los mayores peligros para los países en vías de desarrollo es el aceptar fondos para sostener y beneficiar su economía sin tener en cuenta el posible origen ilegal de éstos. De esta forma, al posponer las acciones tendientes a evitar el lavado de dinero se permite que el crimen organizado comience a penetrar en su sistema bancario y legal³⁷. Estos grupos organizados pueden infiltrarse en las instituciones financieras, adquirir luego el control de éstas y posteriormente de sectores de la economía, todo lo cual puede llevar reflejado el soborno eventual a funcionarios públicos para lograr sus objetivos. En última instancia, el poder económico y político de las organizaciones criminales puede debilitar las instituciones democráticas de gobierno.

³⁴ Ibidem.

³⁵ TANZI, ob. cit., p. 7.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ver Informe FATF, 2001.

5. Transferencias de fondos con efectos desestabilizadores en la economía mundial

Otro de los peligros relacionados con las organizaciones criminales está ligado con la magnitud de los fondos que manejen las organizaciones criminales. El peligro reside en la posibilidad que tienen estos grupos de transferir sus fondos de un país a otro con las consecuencias económicas que esto implica. Estos movimientos pueden tener efectos macroeconómicos negativos en los países que reciben o pierden el dinero en cuestión. Se ha indicado que el lavado de dinero puede erosionar la economía de los países por cuanto el cambio en la demanda de dinero efectivo puede incrementar el monto de la tasa de interés y afectar dichas tasas con altos grados de volatilidad, causando potencialmente fenómenos inflacionarios³⁸.

En los países involucrados, las entradas y salidas de capitales pueden afectar significativamente variables tales como las tasas de interés y la tasa de cambio de moneda. Asimismo pueden afectar el valor de las propiedades donde el dinero ilegal es invertido, lo cual no puede ser explicado a partir de las políticas económicas de los países involucrados³⁹. De esta forma, debido al proceso de globalización y a la integración de los mercados financieros, el cambio en uno de los centros puede tener efectos en otros países, lo cual requiere mecanismos de control a fin de evitar efectos desestabilizadores.

Existen entonces diferencias en los controles y regulaciones entre los distintos países que crean incentivos no económicos para atraer capitales, por cuanto el incentivo no está guiado por las reglas del mercado sino que se intenta en algunas jurisdicciones atraer capitales de origen dudoso justamente a partir de la falta de regulación, lo cual permite atraer potencialmente el lavado de activos⁴⁰.

³⁸ Ver www.undp.org/money_laundering, 2001.

³⁹ Ver TANZI, ob. cit., p. 8.

⁴⁰ TANZI, ob. cit., p. 6. Indica el autor que países que constituyen paraísos fiscales

y otros necesitados por la atracción de capitales por lo general intentan atraer la inversión sin tener en cuenta su origen. Es por ello que se propone una coordinación a nivel internacional por medio de instituciones como ser FATF a fin de poner un límite a estos incentivos que afectan la asignación de recursos a nivel internacional (ver ps. 11 y ss.).

De acuerdo a esta descripción resulta importante entonces el trabajo que se realiza por parte de Organismos Internacionales, Estados y Organizaciones No Gubernamentales para controlar este fenómeno⁴¹.

III. La cooperación en materia penal y el control del lavado de activos

1. El lavado de activos afecta el orden socioeconómico de los Estados

Como se ha reseñado, el orden socioeconómico y la salud financiera del Estado resultan afectados por maniobras de blanqueo de capitales. Es por ello que la tipificación y la sanción del delito de lavado de activos intenta proteger a los Estados de la acción de organizaciones criminales que tienen "vínculos con el tráfico ilícito (de drogas) y otras actividades delictivas relacionadas con el que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados", al afectar gravemente, a la vez que la legalidad de las normas de procedimiento que distinguen a sus instituciones, la legitimidad social en que se sustentan estas últimas⁴².

En la actualidad la comunidad internacional le presta particular importancia al tema en cuestión a partir de los atentados terroristas que son financiados ilegalmente por organizaciones que tienen una apariencia lícita. En esta inteligencia es importante tener en cuenta que ante este proceso que traspasa las fronteras de los Estados, la cuestión de la pérdida de soberanía que implican los procesos de integración tales como la Unión Europea y el Mercosur debería funcionar para evitar justamente esta pérdida de soberanía que se presenta cuando las organizaciones criminales o los grupos terroristas por medio del lavado de dinero y prácticas corruptas coopan y/o deterioran los Es-

⁴¹ Ver en igual sentido CHEVALIER, Ophelie y PINTO, Ricardo, *El delito de lavado de activos como delito autónomo. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria*, editado por Rafael Franzini Bailie, OEA-CICAD, 2001.

⁴² Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, Preambulo.

tados. En este sentido, el proceso de integración jurídica y la cooperación en la prevención del lavado de activos como en la investigación de este delito deben estar presentes en la agenda política de los Estados miembros del Mercosur por cuanto, como se ha descrito, la lucha contra el lavado de dinero no es sólo un tema de "Derecho simbólico".⁴³

sino una cuestión que necesita la cooperación interestatal y justamente por ello los Estados no pierden jurisdicción ni soberanía al regular en forma ágil y dinámica los procesos de control del lavado y su investigación sino todo lo contrario; se logra fortalecer su soberanía al mantener el monopolio de la coacción física que de no ser así queda en manos de grupos mafiosos o terroristas que actúan a la sombra del Estado al sobornar o cooptar a los funcionarios públicos. La tragedia colombiana es más que ilustrativa al respecto.

El problema del lavado de activos está relacionado con la influencia de los narcodólares y dinero de organizaciones terroristas que generan una economía paralela, la que influye en los procesos inflacionarios y fomenta el abuso de poder y la delincuencia no convencional, las especulaciones financieras y monetarias, a la vez que permite la introducción de grandes cantidades de artículos suntuarios⁴⁴.

En suma, dada la complejidad para controlar y combatir el lavado de dinero y de esta forma evitar los perjuicios que causa en los Estados, resulta indispensable una política estatal que tenga en cuenta a la cooperación interestatal como herramienta fundamental a estos fines. Es así como los Estados miembros del Mercosur deben considerar en su agenda de decisiones esta problemática a efectos de planificar políticas y diseñar un convenio de cooperación específico para controlar este fenómeno, sin perjuicio de los tratados y convenios internacionales y en el ámbito iberoamericano, como el Protocolo de Cooperación Penal

⁴³ En esta inteligencia hemos criticado en otra oportunidad este concepto de Derecho Penal simbólico fundamentando la nueva tipificación del lavado de dinero en nuestro país en la Exposición de Motivos que da razón a la nueva norma (ver *El delito de lavado de activos como delito autónomo. Normativa argentina e internacional*). Asimismo el concepto de "Derecho Penal simbólico" surge de los antecedentes parlamentarios de la ley 25.246 que tipifica el delito de lavado de dinero en el art. 278 del Cód. Pen.

⁴⁴ NEUMAN, *La legalización de las drogas*, Buenos Aires, 1991, p. 39.

vigente. Debe recurrirse para ello a la política comparada. En este sentido, pueden servir de base la Directiva de la Unión Europea y la Convención Europea de Estrasburgo que se explicarán a continuación.

IV. Principios que nutren la cooperación penal internacional, asistencia judicial y administrativa⁴⁵

Cabe tener en cuenta que la cooperación en materia penal suele relacionarse con la que es desarrollada por autoridades judiciales. La cooperación puede comprender: el reconocer los juzgamientos efectuados en otro país, la extradición; la asistencia judicial mutua en materia penal; la transferencia de prisioneros, y el embargo y decomiso de los productos de delitos.

Por lo general los tratados bilaterales de cooperación prescriben normas tales como: 1) la ejecución de actos del proceso; 2) el tomar declaración a testigos; 3) la producción de pruebas que luego puedan ser utilizadas en la causa criminal del Estado requiriente, como ser documentos, grabaciones, y otras evidencias; 4) la presentación de testimonios judiciales y el pedido de informes por parte del juzgado del Estado requerido; 5) la localización de personas, y 6) la localización, embargo y decomiso de activos.

1. Cartas rogatorias

Las cartas rogatorias, a diferencia de los tratados, no cuentan con una ley en el Estado requerido que obligue al tribunal o a la autoridad que las tramita a cumplir con la solicitud. Los tratados de asistencia, en cambio, constituyen obligaciones para los Estados signatarios. Así-

⁴⁵ Se sigue en este aspecto los artículos *El secreto bancario en las legislaciones*

nacionales y en los convenios internacionales, de la Lic. Luz Núñez Camacho, Cartagena de Indias, Colombia, OEA-CICAD, 2000; *Las medidas sobre bienes en el contexto de la cooperación iberoamericana*, de Víctor Prado Salazar, OEA-CI-CAD, 2000, y *Los medios de prueba en los procesos por delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales*, de José Luis Conde Salgado, OEA-CICAD, 2001.

La concepción de la doctrina en los Estados Unidos puede ser consultada en *Uncle Sam Expects Reach for Evidence Worldwide*, de Bruce Zagaris, en *Criminal Justice*, Revista de la American Bar Association, volumen del invierno de 2001, Nº 15, Nº 4.

mismo estos instrumentos son más efectivos para asegurar la prueba para que sirva como elemento de convicción en el Estado que la requiere. Otro factor a valorar es la posibilidad de considerar que los tratados son más prácticos por cuanto se diligencian por una autoridad central determinada por el documento, en cambio la carta rogatoria debe sortear un trámite más lento y burocrático. También cabe tener en cuenta que en las cartas rogatorias el Estado requeriente debe contratar abogados que las diligencien y la evidencia puede ser tomada en forma tal que luego no pueda ser admitida en el tribunal del Estado que la necesita.

Es por ello que los convenios por lo general traen fórmulas que evitan: a) Los conflictos de doble incriminación, permitiendo el uso del tratado por parte de la parte requerida a fin de lograr una determinada prueba aun cuando el crimen no esté previsto en su legislación.

b) Se permite que el Estado requeriente utilice los recursos del Estado requerido para el trámite de la solicitud de asistencia.

c) También generalmente se permite el levantamiento del secreto bancario de ser requerido por el tribunal de la nación requeriente.

La doctrina identifica tres grados de cooperación en materia penal, según cual sea la intrusión en los derechos de los particulares. El primer grado corresponde a las medidas de asistencia leve o simple, en tanto constituyen medidas de mero trámite como ser notificaciones o diligencias de instrucción que no implican afectación de derechos individuales. Ejemplo de ello podrían ser pericias, informes, tramitación de pruebas y traslado voluntario de personas a otro Estado.

El segundo grado de cooperación involucra las medidas de asistencia procesal que pueden causar un daño en la persona o los bienes de las personas. Casos paradigmáticos de este tipo de cooperación son aquellos que implican registros, embargos, secuestros y cualquier tipo de interdicción y entrega de objetos.

El tercer grado abarca a niveles de cooperación tales como la extradición, que por su concepción implica la más importante de las cooperaciones, en tanto puede causar gravamen irreparable en los derechos y libertades del acusado.

Esta categorización de tres niveles de cooperación ha sido originariamente reconocida por la Corte de Casación italiana y por otros Tribunales Superiores de la Unión Europea.

El principio de gradualidad tiene entonces una gran importancia en tanto abarca el tema del requisito de la doble incriminación. Este requisito tiene en cuenta que la conducta perseguida debe considerarse delito también en el Estado requerido. Debe existir identidad de bienes jurídicos afectados y el tipo penal debe ser por lo menos similar en la descripción de la conducta punible para preservar de esta forma principios constitucionales tales como el de reserva y legalidad. La cuestión es entonces determinar si en los supuestos de asistencia de segundo grado cabe requerir el requisito de doble incriminación o no. En la doctrina, autores como Cervini exponen en el sentido de que la doble incriminación es necesaria en los supuestos de embargo, registro, secuestro y entrega de objetos. Por otro lado, reconocidos autores como Bassiouni y Gualtieri⁴⁶ expresan que no es necesario este requisito y que justamente es una ventaja de los tratados bilaterales de cooperación que se legisle específicamente evitando el uso de este requisito para lograr la cooperación⁴⁷.

En suma, puede asegurarse que la doble incriminación es mundialmente requerida para los supuestos de extradición, siendo solicitada en algunos supuestos de cooperación de segundo grado y no siendo pedida en los meros casos de cooperación de primer grado. Puede tomarse una posición intermedia y afirmar que en última instancia debe exigirse la doble incriminación, como garantía de la cooperación internacional, como elemento de protección de los derechos individuales. En este sentido, si existe un gravamen irreparable a los derechos individuales cabría requerir la doble incriminación como garantía. En este aspecto debería analizarse el pedido en concreto y decidir de acuerdo a las circunstancias del caso considerando la solicitud.

⁴⁶ BASSIOUNI, M. Cherif y GUALTIERI, David S., *International and National*

Responses to the Globalization of Money Laundering, publicado en *Responding to Money Laundering. International Perspectives*, editado por Ernesto U. Savona, Washington, 2000.

⁴⁷ Es esta justamente una de las características que surge del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal que firmaron los países miembros del Mercosur.

Otra parte de la doctrina identifica únicamente dos formas de cooperación, la propiamente dicha y la extradición. Conforme a esta posición, la doble incriminación sólo es requerida en los casos de extradición y no así en los supuestos de mera cooperación, sin tener en cuenta ningún grado o posibilidad de afectación de garantías individuales al realizarse la diligencia.

V. Instrumentos internacionales de cooperación jurídica penal y en el ámbito del lavado de activos

1. *La Convención de las Naciones Unidas sobre Drogas de 1988, Convención de Viena*

El instrumento se denomina "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas" del 19 de diciembre de 1988, conocido como Convención de Viena de 1988.

Uno de los fundamentos de la misma, y, obviamente, razón por la cual se desarrolla por primera vez en un instrumento internacional el concepto del lavado de activos, está plasmado en su introducción, estableciendo que las partes estaban "decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad".

La Convención de Viena de 1988 demuestra el interés y la importancia que tiene el tema en el ámbito internacional puesto que se trata de un problema que escapa a las jurisdicciones nacionales. Por eso es que el enfoque de este instrumento pone especial énfasis en la cooperación internacional. La exigencia de la tipificación penal del lavado de activos y de su valoración como un delito grave permitirá en el futuro la cooperación en materia de decomiso, asistencia judicial recíproca y extradición⁴⁸.

En este instrumento internacional se prevén medidas de cooperación en los artículos 7º y 5º. En este último se prevén medidas relativas a bienes.

La Convención ha sido ratificada por los países de América Latina.

⁴⁸ BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 117.

En su artículo 7º, referente a la asistencia judicial internacional entre los Estados partes, se prescribe una tendencia internacional hacia la cooperación. En este sentido cabe señalar que se autoriza en situaciones de urgencia a solicitar una medida de cooperación aun verbalmente existiendo el compromiso de presentarla por escrito posteriormente.

El artículo 5º faculta a los tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Expresa asimismo que las partes no podrán alegar el secreto bancario.

La Convención también contiene artículos dirigidos específicamente a luchar contra el lavado de activos. En este aspecto solicita que los Estados partes legislen de forma tal de adoptar medidas para identificar, localizar y embargar o decomisar los activos ilícitos o sus instrumentos. Sin embargo, una de las normas más relevantes es el artículo 5º, en el cual se requiere que los Estados permitan que sus tribunales no invoqueen el secreto bancario como elemento para impedir la localización o embargo de una cuenta.

Por otra parte, tal cual lo había hecho la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) en 1993, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) estableció, en 1995, una legislación modelo para controlar el lavado de activos. Conforme a su prefacio, "está destinada a facilitar el trabajo de los Estados que desean completar y modernizar su legislación contra el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicótropas y el blanqueo del dinero de la droga".⁴⁹

2. Europa

En el ámbito de la Unión Europea hay que mencionar la cumbre celebrada en Tampere (Finlandia), en octubre de 1999, por parte del Consejo de Ministros de la Unión, que realizó interesantes avances en el diseño de un auténtico espacio europeo de justicia y en la lucha contra la delincuencia. Entre estas directivas, en lo que hace al control

⁴⁹ FRANZINI BATLLE, Rafael, *El delito de lavado de dinero y el secreto bancario*, Montevideo, 1995.

del lavado de dinero hay que mencionar sugerencias tales como: la creación de una Unidad Operativa Europea de Jefes de Policía con objeto de intercambiar experiencia, prácticas e información sobre las tendencias actuales de la delincuencia transfronteriza; la creación de una Unidad (Eurojust) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente para facilitar la coordinación de las autoridades nacionales, apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada y simplificar la ejecución de comisiones rogatorias en estrecha cooperación con la Red Judicial Europea.

En lo referente a la lucha contra el lavado de activos se solicita: intercambio de información entre las Unidades de Información Financiera respecto a transacciones sospechosas; inaplicación de la confidencialidad bancaria frente a las investigaciones judiciales sobre blanqueo de capitales; brindar atribución a Europol de competencias en materia de blanqueo de capitales con independencia del delito del que procedan los beneficios; coordinar la legislación penal y procesal entre los Estados miembros sobre actividades delictivas de origen, seguimiento, embargo y decomiso de fondos⁵⁰.

Uno de los objetivos es que Europol tenga funciones operativas y se convierta en una fuerza de investigación europea, estrechamente relacionada con la unidad judicial denominada Eurojust. En este aspecto la Red Judicial Europea es creada a partir del Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada. La Unidad Judicial Eurojust, que tiende a unificar la investigación criminal en el ámbito de la Unión Europea, tendrá como finalidad investigar: a) los tipos de delincuencia y las infracciones que son competencia de Europol en aplicación del artículo 2º del Convenio de 1995; b) en particular, los siguientes tipos de delincuencia: delincuencia informática; fraude y corrupción, y cualquier infracción penal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad Europea; blanqueo de los productos del delito; delitos contra el medio ambiente y la participación en una organización delictiva⁵¹.

⁵⁰ ZARAGOZA AGUADO, La cooperación penal internacional..., en www.oas.org.

⁵¹ ZARAGOZA AGUADO, ob. cit.

3. *Convenio de Estrasburgo del 8-II-90 sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito*

En este Convenio se establece la obligación de tipificar el lavado de activos procedentes no sólo del producto del tráfico ilícito de drogas sino extendido o abierto a cualquier delito.

Los principios generales que nutren este Convenio son:

— La cooperación se prestará en la forma más amplia posible (arts. 7.1 y 8 del Convenio).

— La cooperación se realizará de acuerdo a la legislación nacional de la parte requerida (arts. 9, 12.1, 14.1 y 15 del Convenio).

— El concepto de confiscación o decomiso es más restrictivo que el contemplado por la Convención de Viena de 1988, pues se define como una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien (art. 1.d, del Convenio).

— El concepto de delito previo es más amplio que el de la Convención de Viena en tanto abarca todo ilícito penal que genere un producto que pueda ser el objeto de un delito de blanqueo. En lo referente al ámbito objetivo de la cooperación, el Convenio comprende las siguientes modalidades:

— Medidas y técnicas de investigación para la identificación y localización de instrumentos, productos y bienes susceptibles de confiscación (art. 8°), incluyendo las técnicas indagatorias especiales y la presentación de archivos o documentos bancarios, financieros y mercantiles (art. 4°).

— Se establece el suministro espontáneo de informaciones, sin que medie solicitud previa, cuando una parte tenga información sobre instrumentos y productos, y considere que el conocimiento de dicha información podría servir al Estado que la recibe para iniciar una investigación o un procedimiento de esta naturaleza (art. 10).

— Medidas provisionales de bloqueo o embargo de bienes con fines de confiscación (art. 11).

— La confiscación o decomiso de instrumentos y productos (art. 13.1) o del valor del producto cuando la medida consista

en un requerimiento de pago de una cantidad de dinero (art. 13.3), mediante la ejecución de una orden de confiscación dictada por un tribunal de la parte requeriente, o por medio de la obtención de una orden de confiscación dictada por los tribunales de la parte requerida a solicitud de la parte requeriente.

— La disposición y reparto de los bienes confiscados (art. 15)⁵². En lo relativo a la denegación de la solicitud cabe mencionar lo establecido en el artículo 18, en tanto se denegará: a) cuando sea contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la parte requerida (art. 18.1.a); b) cuando sea perjudicial para la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales de la parte requerida (art. 18.1.b); c) cuando implique una doble persecución penal sobre el mismo hecho; d) cuando el delito al que se refiere la solicitud sea un delito de carácter político o fiscal (art. 18.1.d), y por último e) cuando el hecho que motiva la solicitud no sea considerado delito con arreglo a la legislación de la parte requerida si se hubiere cometido dentro de su jurisdicción. De esta forma se requiere el segundo grado de cooperación, en tanto es un postulado para la cooperación la doble criminalización.

4. *Directiva 91/308/CEE del 10-6-91 sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales*

En el mismo se adoptó un régimen preventivo en el tratamiento del tema. La finalidad de la normativa es el aseguramiento de la integridad y limpieza del sistema financiero. También en esta Directiva se prevé que el lavado puede derivarse no sólo de delitos del tráfico de drogas, sino de delitos graves como el terrorismo o el crimen organizado.

5. *El Grupo de Acción Financiera (GAFI) y otros grupos regionales de ese estilo: Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) y Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD)*

El Financial Action Task Force on Money Laundering fue establecido por el Grupo de los 7 en la reunión de París en el año 1989 para

⁵² ZARAGOZA AGUADO, ob. cit.

desarrollar una acción coordinada en forma internacional y destinada a combatir el lavado de dinero. Una de las primeras acciones del Grupo fue el desarrollar cuarenta recomendaciones para establecer medidas en el ámbito nacional para implementar programas que en forma efectiva ataquen el lavado de dinero, creando un sistema de evaluaciones mutuas (entre pares) para medir la aplicación de dichas recomendaciones por parte de sus miembros⁵³.

Este organismo internacional explica claramente cómo el lavado de activos afecta la integridad del sistema bancario y los servicios financieros por cuanto éstos dependen de la percepción que tiene la sociedad en cuanto a criterios de profesionalidad y *standards* éticos⁵⁴. Al momento, cinco miembros del sistema interamericano forman parte de este grupo: Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos y México. El GAFI ha fomentado la creación de organismos regionales establecidos sobre la base de la adopción de las cuarenta recomendaciones, para que asuman como método de evaluación de su aplicación el sistema de las "evaluaciones mutuas". En el continente americano se han establecido dos grupos con esas características: el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC) y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), cuyas sedes se encuentran en Puerto España, Trinidad y Tobago, y en Buenos Aires, Argentina. El GAFIC comprende países y territorios del Caribe, así como algunos países de América Central y América del Sur integrantes de la subregión del Caribe. El GAFISUD, por su parte, está integrado por el resto de los países de América del Sur que no pertenecen al GAFIC. En las recomendaciones 33 a 37 se prevén medidas relacionadas a la cooperación en materia de lavado de activos.

6. *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 2000*⁵⁵

En su artículo 1º se establece que el propósito de ésta es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuen-

⁵³ FATF-GAFI, www.oecd.org/fatf.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Adoptada en Argentina por la ley 25.632 del año 2002.

cia organizada transnacional. El artículo 5° penaliza la participación en un grupo delictivo organizado, mientras que el artículo 6° tipifica el blanqueo del producto del delito; es importante destacar que en esta tipificación se pone de manifiesto la relevancia de delitos previos no sólo relacionados con el narcotráfico de estupefacientes, sino que en el ámbito internacional se relaciona íntimamente el lavado con la delincuencia organizada internacional. Como veremos más adelante, esta tendencia fue adoptada por el Reglamento Modelo de la CICAD en 1999 que tipificó el delito de blanqueo no sólo por el tráfico ilícito de drogas, sino por otros "delitos graves"⁵⁶. La Convención establece medidas para combatir el blanqueo de dinero en el artículo 7° y se establece que a estos fines las partes se comprometen a intercambiar información de conformidad con las condiciones prescriptas en el Derecho interno. En el artículo 12 referente al decomiso e incautación de bienes, los Estados partes deben adoptar medidas para lograr la identificación, localización, embargo preventivo o la incautación de bienes de origen ilícito. Asimismo las partes no podrán alegar el secreto bancario para denegar la cooperación.

La cooperación internacional para fines de decomiso se establece en el artículo 13 y la asistencia judicial recíproca en el artículo 18. En esta norma se prescriben los supuestos de asistencia judicial, la que podría calificarse como de primer grado. Debe tenerse en cuenta que se consagra el principio de doble incriminación en el apartado 9° como causal de denegación de la cooperación y que se aplica en forma subsidiaria a tratados bilaterales o multilaterales vigentes entre las partes.

VI. Instrumentos de asistencia y cooperación en materia penal en el contexto iberoamericano

1. La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal

Este instrumento regional fue aprobado en 1992 y regula la coo-

⁵⁶ El Reglamento Modelo de la CICAD en su definición de delitos graves proporciona una lista no taxativa de delitos, entre los cuales incluye el tráfico de drogas, de armas, de seres humanos, el terrorismo, la pornografía, etc.

peración internacional en materia penal. En la Convención se prescribe la asistencia entre los Estados signatarios, debiendo cada miembro designar una autoridad central para diligenciar los pedidos.

Entre los principios de la cooperación se establece que la doble incriminación se prestará aun cuando no sea punible el delito investigado en el Estado requerido. Sin embargo se requiere la doble incriminación en el supuesto más relevante, como ser los embargos, secuestros, inspecciones e incautación de bienes. De esta forma la cooperación llamada por la doctrina de segundo grado puede ser denegada en caso de no existir doble incriminación (art. 5°).

En lo referente a los actos que pueden ser solicitados como medidas de cooperación cabe mencionar los siguientes: la notificación de resoluciones; la recepción de testimonios; la notificación de testigos y peritos para que brinden testimonio; inspecciones o incautaciones; embargo y secuestro de bienes; el examen de objetos y lugares y la remisión de documentos, informes y elementos de prueba (art. 7°).

La denegación de la cooperación puede fundamentarse en los siguientes supuestos: si la persona ya ha sido condenada o absuelta en un juicio en el Estado requerente o requerido; si la solicitud se refiere a delitos políticos o conexos; si la solicitud la formula un tribunal de excepción; cuando se afecte el orden público, la soberanía, la seguridad o intereses públicos fundamentales, y cuando se refiera a un delito tributario (art. 9°).

La Convención contiene distintos procedimientos relacionados con el embargo de activos similares a los que están presentes en los últimos convenios bilaterales entre Estados (art. 13). En este sentido el Estado requerido debe ejecutar los requerimientos para la ubicación, embargo de bienes y secuestro de documentos y efectos. La ley del país requerido se aplica en este tipo de solicitudes. También se prescribe que la autoridad central de los países puede convenir el intercambio de información relacionada con los delitos investigados (art. 14).

Un problema vigente en los tratados internacionales como la Convención de Viena y la Convención Interamericana es la ausencia de un mínimo de pruebas que sean requeridas previo a ejecutar una orden/pedido de embargo de bienes. No se describen mínimos *standards* de protección en el proceso. Lo mismo sucede, como se verá, en el

Protocolo de los países miembros del Mercosur. Asimismo existe el problema de que no hay posibilidad de que la persona sobre quien se ejecuta la medida pueda defenderse, ser oída y ofrecer pruebas, violando hipotéticamente el Estado que cumple con la cooperación normas de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

En este aspecto la Convención Europea, a diferencia de la Convención de Viena, prevé medidas para garantizar una mínima defensa a terceras personas que pueden verse afectadas.

2. Organización de los Estados Americanos (OEA), CICAD

La Organización de los Estados Americanos ha identificado su acción contra el lavado de activos y la confiscación de productos en la lucha contra el tráfico de drogas en América. En abril de 1986 se adoptó el Programa de Acción de Río de Janeiro que crea la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, CICAD.

En el año 1990 los representantes de los Estados miembros de la OEA adoptaron en Ixtapa, México, la Declaración y el Programa de Ixtapa, en el que se estableció la necesidad de tipificar como delito toda actividad referente al lavado de activos relacionada con el tráfico ilícito de drogas y de facilitar la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de los activos procedentes de tal delito.

Con este antecedente fue que se adoptó, en 1992, el Reglamento Modelo de la CICAD sobre Delitos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. Dicho Reglamento fue modificado en 1997 para dar cabida a las Unidades de Inteligencia Financieras como una herramienta idónea para el combate del lavado de activos, y en 1999 para ampliar el tipo del lavado de activos que ahora acepta como delitos previos no sólo el tráfico ilícito de drogas sino otros "delitos graves", por lo que cambió su denominación.

3. Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves, CICAD

En el mes de diciembre de 1995 los ministros representantes de los treinta y cuatro Estados que participaron en la Cumbre de las Amé-

ricas se reunieron en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, en la Conferencia Ministerial Concerniente al Lavado de Dinero e Instrumentos del Delito. En ésta se sostuvo que "se convenía en recomendar a sus gobiernos un plan de acción para concretar una respuesta hemisférica coordinada con el fin de combatir el lavado de activos". Se estableció que la tipificación del delito de lavado debía comprender como delitos precedentes, además del narcotráfico, otros "delitos graves"; que los países debían implementar el Reglamento Modelo de la CICAD, y que tanto los miembros del Grupo de Acción Financiera⁵⁷ como los del Grupo de Acción Financiera del Caribe⁵⁸ debían implementar las cuarenta recomendaciones y las diecinueve recomendaciones respectivamente⁵⁹.

Si bien el Reglamento no tiene efecto vinculante, permite orientar la legislación de los Estados miembros de la OEA en la redacción de normas relacionadas con la temática del Reglamento.

La asistencia penal está prevista en los artículos 4º, 5º, 7º, 8º y 20. La regulación comprende la cooperación internacional en materia penal, el embargo y decomiso de bienes provenientes de ilícitos.

En esta legislación modelo pueden encontrarse artículos referidos a medidas cautelares sobre los bienes, productos o instrumentos del delito (art. 4º). Los artículos 5º y 6º tratan el tema del decomiso y los derechos de los terceros de buena fe. A su vez, en el artículo 8º se prescribe la situación de los bienes, productos o instrumentos de delitos cometidos en el extranjero. Por último, el artículo 20 prescribe la cooperación internacional y establece que el tribunal o la autoridad competente de otro Estado prestará asistencia en materia relacionada con el delito de tráfico ilícito de estupefacientes u otros graves de acuerdo al Reglamento y con los límites de su orden jurídico. Hay que destacar la norma que establece la posibilidad de recibir una solicitud de iden-

⁵⁷ Se refiere al Grupo creado por el Grupo de los 7 en París en 1990, que hoy tiene su sede en París, en la OCDE.

⁵⁸ Se refiere al Grupo de Acción Financiera del Caribe, con sede en Trinidad y Tobago.

⁵⁹ Las 40 y 19 recomendaciones son estándares adoptados por los miembros del GAFI y del GAFIC, respectivamente. Estas recomendaciones constituyen guías para el control del lavado de activos en materia legal, financiera, y de control y fiscalización.

tificar, detectar, embargar y decomisar bienes relacionados con delitos graves. Respecto al decomiso, se considerará que una sentencia firme en este aspecto de otro Estado podrá ser utilizada como prueba de que los bienes, productos o instrumentos pueden ser sujetos a decomiso.

En relación a la cooperación de asistencia en una investigación criminal, civil o administrativa, se podrá solicitar: copias de documentos y registros de entidades financieras y oficiales; la obtención de testimonio de personas; la facilitación de la comparecencia de personas para que en forma voluntaria concurren al Estado requiriente; la localización de personas y notificaciones, y, en suma, toda facilitación de información y elementos de convicción que abarca medidas cautelares. Debe considerarse el artículo 21 en donde se establece que no será impedimento para el cumplimiento del Reglamento el secreto o reserva bancaria.

El artículo 4º prescribe que las medidas cautelares sobre bienes, productos o instrumentos del delito pueden realizarse sin notificación previa ni audiencia a las partes. La finalidad de esta norma es la de evitar que ante la localización de una cuenta bancaria o un bien, al dar noticia a la parte involucrada, pueda permitirse que se oculte esta prueba. Debe tenerse en cuenta que la falta de notificación a la parte interesada puede causar un gravamen irreparable y ésta podría alegar la afectación del debido proceso en cuanto no se le dio la posibilidad de ser oída en juicio.

Es por ello que el artículo 6º prescribe que se efectuará notificación a los terceros que puedan ser de buena fe cuando se realicen estas medidas para que tengan la posibilidad de alegar un interés legítimo sobre los bienes. La buena fe de una tercera persona que quede involucrada deberá ser valorada por el tribunal a partir de las pruebas colectadas en cada situación.

Se establece que existe buena fe y se devolverá el bien embargado o bien decomisado: si hay un interés jurídico sobre el mismo; si al reclamante no se le puede endilgar ningún tipo de participación o implicancia en el caso en cuestión; si el tercero desconocía, sin ignorancia intencional, el uso ilegal del bien, y considera el Reglamento situaciones en las cuales quien alega la restitución adquirió el bien en circunstancias que razonablemente hagan presumir su realización para evitar el decomiso, lo cual no torna procedente su restitución.

4. *La Convención Interamericana contra la Corrupción*

Los miembros de la OEA adoptaron la Convención Interamericana

contra la Corrupción en la convicción de que la corrupción afecta la democracia y la legitimidad de las instituciones públicas. En América Latina los países han reconocido que el cohecho causa daños sistémicos en la sociedad entera. La Convención tiene como primordial interés castigar el cohecho pasivo que cometen los funcionarios públicos.

Este instrumento regional se aplica en el ámbito de los países de la OEA y en el mismo se prescribe en el artículo 14 la asistencia y cooperación a los fines de la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descriptos en la Convención. A estos fines se establece que la obtención de pruebas y la realización de actos procesales debe realizarse ante la petición de otro Estado en los supuestos de conductas descriptas como delitos en este instrumento.

Asimismo, en el artículo 15 se describen las medidas sobre bienes. En este sentido, los Estados se comprometen a identificar, rastrear, inmovilizar, confiscar y decomisar bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados en la Convención. También en relación a los bienes utilizados en la comisión del delito o del producto de éste.

Establece la norma que en el supuesto de existir sentencias de decomiso, cuando se apliquen, el Estado dispondrá de estos bienes o productos conforme a su ley. Asimismo, el artículo 16 prescribe que el secreto bancario no podrá utilizarse para denegar la asistencia. A los fines de esta Convención los Estados partes podrán designar una autoridad central que se encargará de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la Convención.

VII. Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales de los Estados Partes del Mercosur⁶⁰

Los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del

⁶⁰ La ley de la Argentina y su regulación en el Código Penal puede ser consultada en DONNA, Edgardo, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 527 y ss.

Mercosur el 25 de junio de 1996⁶¹. Este Protocolo es similar al Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de la OEA y se aplica en el ámbito del Mercosur. En la Argentina ha sido incorporado al Derecho positivo mediante la ley 25.095 de 1999. El convenio fue suscrito con el compromiso de los Estados miembros del Mercosur de armonizar sus legislaciones para intensificar la cooperación mutua en materia jurídica penal a efectos de obtener seguridad jurídica en la obtención de pruebas en procesos en que se investigan actividades criminales a través de modalidades criminales transnacionales.

Este Protocolo es fruto del acuerdo supranacional —el Mercosur— que tiende a lograr una identidad de intereses políticos, económicos y jurídicos. Es importante tener en cuenta que estos acuerdos supranacionales logran consolidar la soberanía estatal a partir de la cooperación al existir entre los Estados coincidencias en lo referente a los derechos y libertades fundamentales de un Estado democrático. Es sólo a partir de este supuesto que resulta razonable crear espacios jurídicos comunes y profundizar en su construcción, como en el caso de este Protocolo. En este aspecto entonces el Protocolo tiene como finalidad brindar asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre las autoridades competentes de los Estados miembros. A estos fines la asistencia se presta de acuerdo a las disposiciones del Protocolo para investigar delitos y para cooperar en procedimientos judiciales relacionados con asuntos penales⁶².

Una de las características del convenio está dada por la circunstancia de no requerirse para prestar la asistencia que las conductas investigadas constituyan delito en el Estado requerido. De esta forma el Protocolo reconoce implícitamente la similitud en las legislaciones penales de los Estados partes y no requiere este presupuesto, que es un principio que se aplica en forma inequívoca en las cooperaciones de tercer grado, como ser los procesos de extradición. Téngase en cuenta que esta norma, artículo 1º, inciso 4º del Protocolo, facilita el trámite de los pedidos de asistencia al no requerir el análisis de la doble incriminación de la conducta en ambos Estados⁶³.

⁶¹ El Protocolo en nuestro país ha sido aprobado por la ley 25.095.

⁶² Ibidem, art. 1º.

⁶³ De esta forma se separa del criterio del Convenio de Estrasburgo de Europa.

En lo relativo a los alcances de la asistencia y cooperación, cabe mencionar que abarca desde la notificación de actos procesales, recepción y producción de pruebas tales como testimonios, pericias y exámenes de lugares, bienes y personas, hasta medidas de tipo cautelar sobre bienes. También se prevé la notificación de testigos o peritos para que comparezcan en el otro Estado y el traslado de detenidos al Estado requiriente⁶⁴.

El Protocolo logra remover los problemas inherentes a los convenios bilaterales en tanto incorpora un acercamiento integral al asunto. Los supuestos de denegación de la asistencia se refieren a los casos en los que: a) la solicitud se refiera a un delito tipificado como delito militar, pero no en su legislación penal ordinaria, o bien se trate de un delito tributario, o de un delito político o conexo; b) en los supuestos en que una persona en relación a la cual se solicita la medida ha sido absuelta o ha cumplido condena en el Estado requerido por el mismo delito mencionado en la solicitud.

Estos supuestos prescriben los casos establecidos en este tipo de convenios, toda vez que se quiere evitar prestar cooperación cuando ésta tenga una intencionalidad política. Asimismo se deniega la asistencia en los casos en que exista una doble persecución penal por el mismo episodio. Por último, se podrá denegar la colaboración cuando la solicitud pueda afectar la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido.

En lo referente a las formas de la solicitud se permite su transmisión tanto por fax como por correo electrónico, debiendo ser enviado el original dentro de los diez días. En lo referente a los requisitos de cada pedido se establecen indicaciones tales como la identificación de la autoridad competente, el asunto de la cooperación, la medida de asistencia, las razones para llevar a cabo, las normas aplicables y las personas sujetas al procedimiento⁶⁵.

El diligenciamiento de la solicitud se llevará de acuerdo a la ley del Estado requerido y las disposiciones del Protocolo. La asistencia en caso de medidas cautelares es procedente cuando un Estado parte tenga conocimiento de la existencia de los instrumentos,

⁶⁴ Ibidem, art. 2º.

⁶⁵ Ibidem, art. 6º.

del objeto o de los frutos de un delito en el territorio de otro Estado parte que puedan ser objeto de medidas cautelares conforme a las leyes de ese Estado⁶⁶.

Cabe mencionar que la cooperación en las medidas cautelares se tramitará en los casos en que se justifique su procedencia, sometiendo el trámite a la ley del Estado requerido. En lo referente a la protección de derechos de terceros se aplica también la ley del Estado que cumple la medida cautelar. Téngase presente en este aspecto el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA en el cual se regula el respeto de los derechos de buena fe en los procesos de embargo y decomiso de bienes. Si bien el Protocolo no nombra específicamente la cooperación en cuestiones relacionadas con el lavado de dinero, esta norma comentada que establece el mecanismo de asistencia en los casos de medidas cautelares sobre los instrumentos u objeto del delito se aplica especialmente en los casos de investigaciones de lavado de dinero. De esta forma el Protocolo tiene similares mecanismos a los previstos en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de la ONU, en tanto el convenio del Mercosur establece medidas para la investigación relacionada con el lavado de dinero en cuanto se prescriben diligencias tales como medidas cautelares sobre bienes, secuestro de documentación, inspección de domicilio y medidas similares⁶⁷. Sin embargo resultaría interesante que, tal como lo efectuó la Unión Europea, los Estados partes del Mercosur establezcan un acuerdo específico sobre la materia.

Por último, es del caso señalar en esta nota referente al Protocolo que la protección de los derechos humanos es un tema fundamental en la interpretación de los tratados de cooperación internacional en material penal. El derecho a la privacidad es un límite al diligenciamiento de cooperaciones internacionales.

Cuando los Estados requeridos comienzan a investigar la ubicación de cuentas bancarias o activos para eventualmente cumplir con un embargo, estas actividades pueden infringir y afectar derechos individuales. Estas medidas afectan la privacidad de las personas cuando

⁶⁶ Ibidem, art. 22.

⁶⁷ Ver en este sentido Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, ONU, art. 7°. En lo referente a la protección de terceros de buena fe, el Protocolo sigue también los lineamientos del art. 5° de la Convención citada.

las diligencias incluyen la búsqueda en sistemas de datos financieros y bancarios. Surge entonces la necesidad de que la medida esté fundamentada para no afectar el debido proceso legal y legitimar la orden. Es importante que el juez del país requerido cuente con todos los elementos para poder decidir si se presenta el concepto de doble incriminación y demás pautas legales.

Un problema importante a analizar es el relativo al diligenciamiento de medidas de cooperación que se realizan sin dar noticia de la parte que podría agravarse por ver afectados sus bienes. Una posible solución a este conflicto podría ser que el Estado requiriente presente una con-tracautela para resguardar los derechos de terceros y de esta forma garantizar un remedio ante un hipotético reclamo debido al cumplimiento del pedido de cooperación respecto de un bien. En el tratado entre la Argentina y Uruguay, por esta razón se permite al agravado participar cuando la diligencia es de segundo grado. De no seguirse este criterio se podrían presentar impugnaciones en cuanto habría una afectación a la Convención de Derechos Humanos de Costa Rica. Esta normativa en su artículo 8° referente a las garantías constitucionales en el proceso penal establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las garantías del proceso, por un juez en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. Si se interpreta al proceso de cooperación criminal que afecta bienes como un supuesto análogo a una acusación penal, debería admitirse este criterio amplio que requiere la participación del tercero interesado⁶⁸.

Por último, cabe citar el artículo 24 del Protocolo en donde se regula sobre la disposición de los instrumentos, el objeto o los frutos del delito

⁶⁸ Otra cuestión interesante es la relacionada con la prohibición contra registros irrazonables que puede ser eludida cuando autoridades policiales o judiciales solicitan la cooperación en países en los cuales no se controle este requisito o bien que no requieran un mínimo de causa probable o estado de sospecha para efectuar un registro. Estas consideraciones de avalasamiento del derecho de privacidad son un tema recurrente en el control del lavado de activos, por cuanto al requerirse a las entidades financieras que adopten medidas de conocimiento de su cliente y que reporten transacciones inusuales (sospechosas) se está invadiendo necesariamente el ámbito de privacidad de los clientes de estas instituciones. Puede afirmarse que esta nueva realidad muestra una tendencia a ubicar los intereses del Estado en la búsqueda de solucionar esta problemática por encima del derecho a la privacidad en transacciones financieras.

de acuerdo a su ley interna. La norma autoriza la transferencia a otro Estado parte de estos bienes decomisados o del producto de su venta. La Convención de Viena, la Convención Interamericana y el Protocolo del Mercosur no proveen mecanismos de búsqueda de información internacional a favor del acusado. El imputado tiene que realizar cartas rogatorias por cuanto los convenios bilaterales o bien las convenciones están previstas para el gobierno. Este hecho puede ser alegado, si se demuestra el gravamen, como una afectación del debido proceso legal, por cuanto crea una inequidad arbitraria en el proceso al disminuir la capacidad de defensa del imputado.

Es así como los más recientes tratados de asistencia penal mutua excluyen la posibilidad de que una de las partes, el acusado, recurra a este proceso. Se busca evitar que se supriman o excluyan pruebas. Existe sin embargo un caso en los Estados Unidos en el cual, dado que el tratado bilateral no excluía al acusado de la posibilidad de utilizarlo, se tramitó un pedido de la defensa por medio del tratado de Estados Unidos con Suiza.

VIII. Conclusión

En suma, tal como se ha descrito, el conocimiento de los tratados y convenios de cooperación en materia penal es muy importante para la eficaz aplicación de la ley penal. Asimismo cabe considerar también la relevancia que tienen cuestiones relativas a la privacidad y al debido proceso legal en el trámite de los pedidos de solicitud de cooperación criminal, por cuanto más allá de cuestiones de eficacia en la lucha contra el crimen deben preservarse los derechos de los individuos afectados por el diligenciamiento de estas medidas de cooperación. La comprensión de la importancia de los procesos de integración es sumamente útil en este tema del lavado de dinero, por cuanto permite comprender plenamente cómo en países en vías de desarrollo este fenómeno no puede ser interpretado como inofensivo y ser regulado para lograr dar símbolos a los países centrales⁶⁹. Por el contrario, el

⁶⁹ En este aspecto se ha criticado la postura expuesta en los antecedentes parciales de la ley 25.246 sobre el lavado de dinero en tanto fundamenta la sanción en un "Derecho Penal simbólico".

lavado de activos provenientes de ilícitos afecta también la economía de nuestros países y el orden socioeconómico dado que permite la subsistencia de una corrupción política endémica. A su vez, este problema es relacionado por los Estados Unidos y la Unión Europea como un proceso que sirve de sustento al narcotráfico y a las organizaciones terroristas. Es por ello que deberían los Estados partes del Mercosur coordinar políticas comunes en este aspecto para consolidar sus democracias, sin perder la soberanía estatal, dado que la potencian al proveerle mecanismos de asistencia jurídica en común para controlar y luchar contra un problema que afecta el funcionamiento de sus instituciones.

En síntesis, es interesante anotar que antes de los atentados que sufrieron los Estados Unidos en septiembre de 2001, la lucha contra el lavado de dinero era dejada de lado por la administración Bush, siendo criticada abiertamente esta postura por representantes del partido de este Estado, la administración actual (Bush) reconoce que uno de los objetivos más relevantes en la lucha contra el terrorismo está dado en el control y la criminalización del lavado de dinero. Debe en suma reconocerse que el lavado de dinero afecta la integridad de los Estados al corromper a los funcionarios públicos, siendo éste uno de los grandes problemas de nuestros países de América Latina. Por ello no habría que esperar un acontecimiento tal como el de las Torres Gemelas para advertir que este fenómeno afecta la soberanía de los Estados y por ello tiene que estar presente no en forma simbólica sino real en las decisiones políticas, si es que se quiere salvaguardar la gobernabilidad democrática.

⁷¹ Ver en este sentido WECHSLER, William F., *Follow the Money*, en *Foreign Affair*, Estados Unidos, July/August 2001.

Jurisprudencia

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

por MARÍA CECILIA MAIZA

ATENTADO A LA AUTORIDAD
(Art. 237, Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

1. *Diferencia con la resistencia*

Se configura el delito de resistencia a la autoridad y no de atentado si los oficiales preventores recibieron los disparos de parte de los imputados luego de haber impartido la voz de alto y no de un modo previo a aquella orden.

CNCCorr., sala I, 7-3-2000, "M., V. H.", FANA
(www.scsba.gov.ar) sept./2003

El delito de atentado a la autoridad agravado por el uso de armas (arts. 237 y 238, inc. 1º, Cód. Pen.) no es el que se adecua a la conducta atribuida al encartado porque éste sólo puede cometerse antes de que el funcionario del orden hubiere iniciado su actuación. En el caso, dicha actuación había comenzado, por lo que la conducta que ejecutó el imputado queda enmarcada en las previsiones del artículo 239 del Código de fondo (resistencia a la autoridad). En apoyo de ello Ricardo C. Núñez enseña que: "El atentado contra la autoridad consiste en el empleo de intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra el que lo asiste, para que se decida a

realizar (ejecutar) o no realizar (omitir) un acto de autoridad para cuyo ejercicio tiene competencia funcional y territorial [...] es posible mientras, por propia voluntad o por una razón extraña, el funcionario no haya resuelto ejecutar u omitir el acto funcional... La resistencia a la autoridad "se trata de la oposición activa a la acción de un funcionario público [...] en tanto que el atentado lesiona la libertad de decisión funcional del sujeto pasivo, la resistencia lesiona su acción funcional..."

CNCas.Pen., sala I, 4-7-2002, "P., R. s/Recurso de casación", c. 4069, L. L. 2003-D-614

La resistencia a la autoridad es la oposición o el rechazo—que supone reacción— a la acción ejecutiva de la orden legítima de la autoridad. La oposición o el rechazo puede ser sin o con intimidación o fuerza; éstos, a diferencia de lo que acontece con el atentado a la autoridad, no son elementos esenciales del tipo de la resistencia y, por lo tanto, la oposición puede consistir en expresiones verbales.

TSJ de Córdoba, Sala Penal, 24-10-89, "A., J. A.", L. L. C. 1990-1056

Comete atentado a la autoridad el que, por los medios del artículo 237 del Código Penal (intimidación o fuerza), se impone (exige) al funcionario público para que haga o se abstenga de hacer (ejecución u omisión) un acto propio de su función que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado por aquél. Hay atentado a la autoridad de parte del tercero, cuando éste ejercita violencia sobre el que ha comenzado ya su acción directa sobre otra persona para imponerle algo y esta persona no ofrece resistencia.

Existe resistencia a la autoridad, si la persona se opone, valiéndose de medios violentos, a la acción directa del funcionario sobre ella ejercida para hacerle cumplir algo. Si el tercero coadyuva a esta resistencia, incurre en las responsabilidades de la coparticipación en el mismo delito y en los términos de los artículos 45 y 46 del Código Penal, según el alcance de su posible intervención.

CNCCorr., en pleno, 28-11-47, "R., B.", L. L. 49-125

Existe resistencia a la autoridad si el sujeto se opone con violencia a la acción dispuesta por el 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.

CNCCor., sala IV, 22-4-93, "R., J. F.", L. L. 1993-D-524

El artículo 239 del Código Penal sólo prohíbe la acción de resistencia que consiste en impedir el cumplimiento del acto de autoridad ya en curso, sin que le sea aplicable la agravación por la comisión a mano armada prevista para el atentado a la autoridad.

CNCCor., sala I, 5-11-93, "F., R. L.", L. L. 1994-E-330

Para que se configure el delito de resistencia a la autoridad, es necesaria 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 aquel y las circunstancias particulares que las condicionen, esto es, en situación que no dé lugar a error. Es la contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario, lo que esencialmente distingue el tipo en análisis, con el de atentado contra la autoridad pública, pues para que se configure este delito, artículo 237, Código Penal, no debe haber comenzado el acto funcional, siendo la violencia ejercida, prioritaria al mismo.

CNCCor., sala I, 23-4-96, "B., J. C.", PJN Intranet

Para que exista atentado a la autoridad es menester que el acto funcional aún no haya comenzado; en la resistencia, que aquel 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*.

CNCCor., sala I, 14-4-97, "Z., J. M.", PJN Intranet

Se citó: *CNCCor., fallo plenario, 28-11-47, "P., B.", voto del Dr. Ure, CNCCor., Fallos Plenarios, t. II, p. 452 y L. L. 49-125 (Int.), c. 6591

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, Código Penal.

CNCCor., sala V, 4-8-97, "L., N. A.", c. 7011, PJN Intranet

El atentado sólo es posible antes de la decisión del funcionario, luego de ello, se configura el delito de resistencia. El imputado intentó impedir el cumplimiento de un acto funcional ya decidido por la autoridad pública, circunstancia que ubica el suceso fuera del delito de atentado a la autoridad. La resistencia importa siempre una oposición activa al desarrollo actual del acto funcional por parte del agente, por lo cual la acción típica sólo es posible durante el desarrollo de él, pero no antes de su comienzo ni cuando ha cesado.

CNCCor., sala I, 10-4-2001, "R., V. S.", c. 15.289, BCNCYC Nº 2/2001, p. 107

Los delitos de resistencia y atentado a la autoridad son incompatibles*.

CNCCor., sala V, 10-9-2002, "B., G. R.", c. 19.483, PJN Intranet
Se citó: *CCCor., Fallos Plenarios, t. II, p. 452

La acción del imputado, consistente en intentar agredir al suboficial de policía que se había constituido en el lugar en razón de haberle sido ordenado con motivo de una presunta incidencia, significativo, antes que la resistencia a un legítimo ejercicio funcional ya iniciado (art. 239, Cód. Pen.), el empleo de fuerza para exigirle a aquél la omisión de un acto propio de sus deberes como policía (art. 237, ibídem).

Ello así porque el policía no había realizado, al momento del ataque intentado por el imputado, ningún acto funcional vinculado con la coerción personal de este último, sino que, según su versión (coincidente con la de los testigos T. y G.) se encontraba escuchando el relato de la damnificada sobre los golpes de que había sido objeto cuando irrumpió en la escena el enjuiciado para intentar agredirlo, por lo cual su accionar, tuvo por finalidad impedir, de alguna manera, aquel acto funcional del policía que, de lo sucedido hasta allí aparecía como inminente: esto es su detención, al menos momentánea, a los fines de la adecuada investigación de los hechos.

TOCr. Nº 1, 30-6-2003, "R., G. F.", L. L. Supl. Penal 2004 (abril), p. 73

II. Tipo subjetivo

Debe responder a título de dolo eventual el imputado que se representó inequívocamente la posibilidad de consumir el atentado a la autoridad para el caso de volver a embriagarse, y no obstante, accep-

tando la producción del potencial desenfance, decidió tomar e introducirse voluntariamente en el despliegue típico.

CPen. de Rosario, sala II, 10-10-84, "M., J. C.", J. 76-59

ATENTADO A LA AUTORIDAD AGRAVADO (Art. 238, Cód. Pen.)

Habida cuenta que la conducta del imputado consistió en haber arrojado dos botellas a los policías para impedir el actuar de éstos, lesionando en el cuerpo a uno de ellos, corresponde sancionar al encausado el delito de atentado a la autoridad agravado por el uso de arma y concurriendo en forma real con las lesiones producidas.

CNCor., sala IV, 17-5-2002, "Z., A. S.", c. 18.690, BCNCyC Nº 2/2002, p. 76

La circunstancia de no haberse probado el padecimiento de lesiones por parte de los policías, no desplaza la aplicación del artículo 238 del Código Penal, puesto que la conducta descripta por este artículo, se tipifica con emplear intimidación o fuerza contra un funcionario público, y habiéndose empleado palabras intimidatorias para impedirles o trabarles el ejercicio de sus funciones, se cae en la conducta descripta por el artículo mencionado.

C3ºCor. de La Plata, sala II, 26-5-83, "R., J. E. S/Tentativa de robo simple. Atentado a la autoridad", JUBA sept./2003

El artículo 238 del Código Penal se refiere a las circunstancias agravantes de atentado contra la autoridad, delito contemplado en el artículo 237 del mismo cuerpo legal, agravantes que en el sistema actual no se aplican a la resistencia.

CCor. de San Nicolás, 14-12-93, "A. E. O.", JUBA sept./2003

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD (Art. 239, Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo I. Acción típica

La actitud de esgrimir un arma de fuego durante la huida y apuntarla

contra el funcionario que procura la detención, aun cuando ésta no funcionara debido a su ineptitud para producir disparos, abastecer los requisitos del tipo de resistencia a la autoridad donde prevalece la idea del empleo de fuerza o intimidación para trabar la ejecución de un acto de la autoridad.

CNCas.Pen., sala II, 20-11-2001, "P., R. D. s/Recurso de casa-ción", JUBA sept./2003

La desobediencia debe dirigirse, lo mismo que la resistencia, al funcionario, e importará el inmediato incumplimiento de una orden. Si no existe esa relación inmediata, no necesariamente de presencia, entre un funcionario, una orden y un destinatario, no hay desobediencia. En cuanto a la consumación, la resistencia se consuma con el primer acto de oposición (a la orden) y la desobediencia, con el vencimiento del plazo para el cumplimiento (de la orden) (voto del Dr. Mitchell).

CNCas.Pen., sala III, 15-8-2002, "G., H. S. s/Recurso de casa-ción", c. 3765, reg. 410.02.3, PJN Intranet

Más allá de la posibilidad de que pudiese constituir acto preparatorio del delito de falsa denuncia y hasta, eventualmente, de una calumnia, no constituye delito de resistencia a la autoridad la conducta de la imputada que, en el momento de su detención, se autoinflige heridas cortantes.

CNFed.CCorr., sala II, 2-8-99, "T. A. s/Proc.", c. 15.567, PJN Intranet

Si el imputado efectúa disparos con arma de fuego y resiste su detención mediante violencia física hacia sus captores, con posterioridad a la voz de alto impartida por parte del personal policial sólo puede encuadrarse dicha conducta en la figura de resistencia a la autoridad - artículo 239, Código Penal -.

CNCCorr., sala I, 7-3-2000, "M., V. H.", J. A. 2001-II-291, CD J. A.

La evasión al procedimiento policial efectuado por los otros inculpos carece de la relevancia jurídica necesaria para tener por cumplido el tipo penal del artículo 239, Código Penal y, como consecuencia, la

conducta resulta penalmente atípica si éstos se limitaron a desobedecer la voz de alto de la autoridad policial, mas no desplegaron ningún acto violento en contra de los oficiales preventores. El delito de resistencia a la autoridad pública, se configura, cuando existe oposición del autor—valiéndose de medios violentos— a la acción directa del funcionario público, sobre el ejercida, para hacerle cumplir algo*. La acción típica del delito de resistencia consiste en el empleo de intimidación o fuerza contra los sujetos previstos en la norma, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones.

CNCor., sala VI, 18-9-2002, "A., M. A. y otro", c. 19.736, P.J.N. Intranet

Se citó: *CNCor., sala I, 23-4-96, "B., J. C."

En la actual redacción del Capítulo I del Título XI de los *Delitos contra la administración pública* encontramos el atentado a la autoridad, su forma simple en el artículo 237 y la agravada en el artículo 238, y la resistencia a la autoridad en el artículo 239. Esta última no tiene en dicho capítulo formas agravadas, como las que existían en la ley 17.567. La única figura de resistencia agravada se halla en el artículo 6° de la ley 24.192.

C3CNCor., de La Plata, sala III, 20-5-93, "C., G. L. s/Lesiones leves y otro", JUBA sept./2003
En igual sentido: CNCor., de San Nicolás, 14-12-93, "A. E. O. s/Homicidio culposo, resistencia a la autoridad y lesiones", JUBA sept./2003

Para que exista resistencia a la autoridad se requiere que el sujeto se oponga, valiéndose de medios violentos, a la acción directa del funcionario sobre ella, ejercida para hacerle cumplir algo.

CNCor., de Morón, sala II, 12-4-88, "G., O. J.", D. J. 1989-1-889

2. Autoría y participación

Corresponde confirmar el procesamiento de la imputada como coautora del delito de abuso de armas y resistencia a la autoridad aunque la prueba de "dermatest", a fin de determinar la presencia de restos de deflagración de pólvora, haya dado resultado negativo pues su participación se encuentra acreditada a través de su presencia en el automóvil que sirvió para perpetrar el robo y su permanencia en el

junto a los demás cómplices durante la huida y mientras tuvo lugar el intercambio de disparos con la policía luego de impartida la voz de alto.

CNCCorr., sala VII, 8-3-2002, "L., M. D. y o.", FANA sept./2003

3. El "ejercicio legítimo de las funciones" y el derecho a resistencia

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 de aquella 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 detenido por quien intentaba aprehenderlo*.

CNCCorr., sala IV, 12-6-97, "Q., A.", c. 45.511, PJN Intranet
Se citó: *CNCCorr., sala IV, 13-6-96, "D., A. y otro", J. A. 1997-II-539

A los efectos de la desobediencia y de la resistencia, el funcionario obra en ejercicio legítimo de sus funciones, si lo desobedecido o resistido corresponde a su competencia funcional y territorial y llena las formalidades legales. Los motivos de ésta no son discutibles ante el funcionario ejecutor, sino ante quien la ha emitido—inexistente en el caso de autos—a menos que la improcedencia de aquella aparezca evidente, pues el particular tiene derecho a defenderse contra las agresiones de la autoridad. Por lo tanto, no resulta ilógica la reacción del imputado ante la actitud adoptada por el personal preventivo, máxime cuando la autoridad le indicó que elaboraría en la seccional

el acta migratoria de estilo, oposición razonable, toda vez que el sujeto extranjero indocumentado, pudo haberse representado la posibilidad de ser deportado del país.

CNCCor, sala V, 9-11-2000, "C. M., H.", c. 14.898, BCNCGC N° 4/2000, p. 66, PJN Intranet

Resulta impropio afirmar la tipicidad del delito de resistencia a la autoridad si no puede asegurarse la legitimidad del accionar policial. Tampoco puede afirmarse la existencia de un estado de sospecha o la advertencia en flagrancia de la comisión de un ilícito, que permita avalar dicha actuación policial.

CNCCor, sala V, 6-9-2001, "O., J. O.", c. 16.734, BCNCGC N° 3/2001, p. 202, PJN Intranet

Toda resistencia a la actuación ilegítima de la autoridad no puede hallar encuadramiento legal en el tipo penal del artículo 239 del Código Penal. La razón de ello no reside en que a la conducta del particular que se opone a la pretensión ilegítima de la autoridad, se le niegue su calidad de "resistencia" sino, precisamente, en que ella se dirige contra un acto ilegítimo y, por lo tanto, no tutelado por la disposición legal mencionada.

TOCt. N° 23, 30-5-96, "H., C. W.", L. L. 1998-E-311

El delito de resistencia a la autoridad, artículo 239 del Código Penal, únicamente tutela la actividad lícita llevada a cabo por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones, por lo que si el personal policial concretó la detención del imputado sin orden judicial y sin que se dieran los presupuestos que autorizan a prescindir de ella, artículos 184, 283 y 284 del CPPN, su actividad deja de estar encuadrada dentro de la legalidad para constituirse en un caso de uso abusivo de la función.

TOCt. N° 14, 14-3-2001, "L. A., R. C.", J. A. 2001-IV-346; CD J. A.

No corresponde tener por configurado el delito de resistencia a la autoridad -artículo 239 del Código Penal- si el personal policial concretó la detención del imputado sin orden judicial y sin que se dieran los presupuestos que autorizan a prescindir de ella (arts. 184,

283 y 284, CPPN) pues el citado delito únicamente tutela la actividad lícita llevada a cabo por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones, deviniendo atípica toda resistencia opuesta a actos ilegítimos.

TOCt. Nº 7, 2-10-2000, "D., L. A.", L. L. 2001-C-631; D. J. 2001-2-282; CD L. L.

II. Tipo subjetivo

Es arbitraria la sentencia que al absolver al imputado del delito de resistencia a la autoridad se sustentó en meras suposiciones sobre lo que se habría representado el encartado en el momento de los hechos para creer que se hallaba ante funcionarios policiales, sin que tales creencias se apoyaran en alguna actitud concreta del personal policial (del voto en disidencia de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt y Petracchi).

Es descalificable el pronunciamiento que a diferencia de su hermano que fue sobresesado provisionalmente por el mismo hecho condenó, por resistencia a la autoridad, al imputado sobre la base de que sus antecedentes penales permitirían suponer en éste un avezado conocimientodel modo de proceder de los policías y consideró inaceptable que hubiera supuesto que los funcionarios no identificados como policías, que pretendían detenerlo, fueran maleantes que intentaban robarle (del voto en disidencia de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt y Petracchi).

CSJN, 13-2-96, "M., M. A.", L. L. 1996-D-485 y D. J. 1996-2-752
 Nota: La mayoría consideró inadmisibile el recurso extraordinario.

La rotura de la vestimenta reglamentaria del policía, durante el enfrentamiento corporal con el encausado, constituye un resultado doloso pues el autor resistió violentamente la detención acometiendo contra el cuerpo del funcionario a costa de dañarlo corporalmente y en cualquier caso de sus prendas o equipamiento. La significación jurídica de la mencionada acción habrá de formularse como resistencia a la autoridad en concurso ideal con daño, artículos 239 y 183 del Código Penal.

CNCCorr., sala VII, 14-4-98, "S., W. F.", J. A. 2000-III, síntesis; CD J. A.

Corresponde absolver al imputado por el delito de resistencia a la autoridad (art. 239, Cód. Pen.) si no obstante haber afectado con su conducta la preeminencia y el normal desempeño de los agentes policiales, no pudo comprender que su detención estaba justificada en base al hecho delictivo –que ignoraba– acabado de cometer en las cercanías, circunstancia que excluye el dolo exigido por la figura en mención.

TOCt. Nº 1, 3-7-2003, “L. J. y otro”, CD L. L.

III. Concurso con otros tipos penales

1. Con las lesiones leves

Se configura un concurso ideal de delitos –entre el de resistencia de la autoridad y lesiones leves con el de ocultamiento de prueba– si el accionar del imputado consistió en forcejear con la policía a fin de evitar que se llevaran la mercadería y el guardarla detrás del mostrador puesto que sólo habría un comportamiento inescindible en la acción violenta de resistirse a la autoridad para recuperar en el mismo contexto operativo el material en ese acto incautado y que constituía prueba en su contra. Cuando la conexión entre los diversos delitos es tan íntima que si faltase uno de ellos no se hubiese cometido el otro, se debe considerar todo el complejo delictivo como una unidad –concurso ideal– y no como dos delitos distintos –concurso real–.

CNCas. Pen., sala III, 6-10-2000, “L., S. D. y otro”, L. L. 2001-C-634; FANA sept./2003

Las lesiones leves provocadas por el procesado al agente policial que cumplía un acto propio de sus funciones, concurren en forma ideal con el delito de resistencia a la autoridad.

CNCcort., sala I, 29-11-88, “B., M. W.”, L. L. 1989-C-149 y D. J. 1989-2-288

Cuando en la resistencia violenta al funcionario público que actúa en el ejercicio legítimo de su función, se lesiona al mismo, por tratarse de delitos diversos (arts. 239 y 89 del Cód. Pen.) consecuencia de un mismo hecho, es aplicable la norma del artículo 54 del Código Penal. La misma situación se da en el atentado agravado por “poner manos

en la autoridad" (art. 238, inc. 4º, Cód. Pen.), citado en la sentencia, porque el leccionario excede la acción de "poner manos" sobre el.

C3ºCCorr. de La Plata, sala III, 20-5-93, "C., G. L. s/Lesiones leves y otro", JUBA sept./2003

2. Con la evasión

La figura del artículo 280 del Código Penal excluye, por el principio de "especialidad" a la más genérica de la resistencia a la autoridad (art. 239, inc. 4º, Cód. Pen.), señalándose que la única meta del reprochado fue evadirse y para ello empleó sin solución de continuidad la fuerza física contra su aprehensor, con la secuela de las lesiones producidas.

CNCCorr., sala VII, 12-3-81, "R., G. J.", BCNCYC 1981-IV-68 y E. D. 94-223

3. Con el robo

Dado que la expresión "después de cometido" el robo del artículo 164, *in fine* del Código Penal es amplia en cuanto a su capacidad para extender, después de consumada la sustracción, el tiempo de presentación de la violencia, lo que cierra el concepto y le pone límites más precisos es el elemento subjetivo del tipo "para procurar su impunidad", la aplicación del artículo 55 del Código Penal resulta improcedente cuando no se ha demostrado que la resistencia a la autoridad se produjo fuera del contexto del robo (del voto de la mayoría).

Cuando de la descripción de los hechos no puede colegirse que estemos en presencia de dos conductas criminales separadas en el tiempo, ya que surge de la misma—sin ambages—que se trató de un "hecho único", esto es que no hubo solución de continuidad entre el "robo" y la "resistencia a la autoridad", no puede considerarse que ambos delitos concurren materialmente (del voto de la mayoría, fundamentos del Dr. Hitters).

Cuando de la descripción del hecho surgen dos conductas separadas y diferentes: una el apoderamiento ilegítimo de bienes mediante golpes y amenaza con un arma de fuego, y otra—ocurrida después—fuera del contexto del robo, de resistencia a la autoridad, corresponde

aplicar las reglas del concurso de delitos, declarando el concurso material de ambas figuras (arts. 54 y 55, Cód. Pen.) (del voto de la minoría).

Si bien es cierto que en algunos supuestos el hurto o robo no constituyen hechos distintos con la figura de la resistencia o de desobediencia a la autoridad, ello sucede cuando medio un "corto intervalo" entre ambos, de lo contrario sería extender sin límite el "después de cometido" a que hace referencia el último párrafo del artículo 164 del Código de fondo, en consecuencia cuando no se da aquel presupuesto, por aplicación de las normas del concurso de delitos, ambas figuras concurren materialmente (arts. 54 y 55, Cód. Pen.) (del voto de la minoría).

Debe ser calificado como tentativa de robo calificado en concurso ideal con resistencia a la autoridad, la conducta de quien luego de cometido un robo con armas intercambia disparos con personal policial, no sólo por la tipificación autónoma de dichas acciones, sino también por la vulneración de diversos bienes jurídicos no obstante la unidad de conducta.

Concurren en forma ideal y no real el robo agravado por el uso de armas y la resistencia a la autoridad, si los disparos fueron realizados por el sujeto después de consumado el hecho para procurar su impunidad.

SCJBA, 28-9-99, "C., V.", L. L. B. A. 2002-285; D. J. B. A. 157-6747; CD L. L.

En el caso es indudable que medió una relación de causa efecto entre el robo y la posterior violencia ejercida ante la presencia de la autoridad, innegable secuela de la empleada precedentemente. Pues aparece como una exigencia lógica que para que pudiéramos afirmar que existen dos delitos distintos y no uno solo complejo, la resistencia a la autoridad debiera asumir el rango de finalidad esencial que se propuso el culpable, con autonomía de la conducta precedente, y no como una mera circunstancia incidental generada como secuencia del robo.

SCJBA, 31-5-2000, "P., R. O. s/Robo", D. J. B. A. 159-14; JUBA sept/2003

No puede considerarse a la resistencia a la autoridad como último tramo de una conducta típica que quedó consumada—el acontecimiento arma-

do con desapoderamiento—pues aquella tuvo lugar una vez agotado el robo calificado del artículo 166, inciso 2º del Código Penal; más aún cuando en la especie el robo inicial resultó consumado. El tribunal a quo aplicó correctamente el artículo 55 del Código Penal al resolver que medió concurso real entre los ilícitos de robo calificado y resistencia a la autoridad y abuso de armas calificado, estos últimos en concurso ideal. Ello así pues no obstante la casi simultaneidad de ambos “hechos”, resulta claro que fueron “independientes”, tal como lo requiere el artículo citado y de ello no resulta la unidad que invoca la defensa.

Para que pudiéramos afirmar que existen dos delitos distintos y no uno solo complejo, aparece como una exigencia lógica que la resistencia a la autoridad debiera asumir el rango de finalidad esencial que se propuso el culpable, con autonomía de la conducta precedente, y no como una mera circunstancia incidental generada como secuencia del robo, tal como aparece configurada en la especie.

SCJBA, 4-10-2000, “B., P. J. s/Robo calificado por el uso de arma, etc.”; D. J. B. A. 159-253; JUBA sept./2003

La calificación del hecho como resistencia a la autoridad no determina en forma alguna su subsumción en el delito de robo con armas, toda vez que no se dio la circunstancia esencial que se requiere para ello, cual es la unidad de acción entre ambos ilícitos. Tal unidad de acción no estuvo presente en la conducta desarrollada por los imputados desde que la resistencia esgrimida por los reos no se ejecutó a los efectos de consumir el robo y lograr su impunidad, pues ello ya se había logrado con anterioridad.

CNcas.Pen., sala I, 4-7-2002, “P., R. s/Recurso de casación”, c. 4069, reg. 5154.1, PJN Intranet

En atención a la distancia entre el lugar del despojo llevado a cabo por el imputado y el encuentro con el personal policial, así como el aspecto temporal, no corresponde escindir la unidad fáctica del hecho de robo y resistencia a la autoridad calificada por el uso de arma de fuego, sino encuadrarlo en las previsiones del artículo 166, inciso 2º, CPPN, cuya penalidad impone el dictado de la prisión preventiva del imputado (art. 312, inc. 1º, CPPN).

CNCCorr., sala VII, 23-9-2002, “W., C. M. y otro”, c. 19.663, PJN Intranet

Corresponde calificar como resistencia a la autoridad y no como robo la conducta de quien, desobedeciendo la orden impartida por un miembro de una fuerza de seguridad en ejercicio legítimo de sus funciones, forcejeó con él a efectos de extraerle su arma y lograr su huida, toda vez que no se infiere de su conducta el ánimo de apoderamiento requerido por la figura prevista y reprimida por el artículo 164 del Código Penal.

CNCCor, sala VI, 25-6-2002, "D. F., P. S.", L. L. 2003-A-716

En cuanto al accionar del imputado contra el funcionario policial que intentó detenerlo se tradujo en dos disparos que el reo efectuó, actividad que en este caso excede la violencia del robo y el favorecer su impunidad, y enmarca en la hipótesis del artículo 239 del Código Penal (resistencia a la autoridad).

CNCCor, sala VI, 2-12-99, "A., J. L. y otro", c. 12.763, PJN Intranet

Es responsable del delito de robo con armas en grado de tentativa en concurso ideal con resistencia a la autoridad, quien intentó apoderarse del dinero de un conductor de taxi, mediante el empleo de arma de fuego, para lo cual habría colocado previamente un adoguín sobre la autopista para que los automovilistas tropiecen con él y detengan la marcha, cuando fue sorprendido por personal policial contra el que efectuó varios disparos con el arma.

CNCCor, sala I, 30-3-98, "R., C.", CD J. A.

El disparo efectuado por el acompañante del autor tuvo como propósito oponerse por medio violento a la acción directa emanada del funcionario policial, por lo que en base a la doctrina del plenario "P., B.", la resistencia a la autoridad concurre materialmente con el robo con armas*.

CNCCor, sala IV, 12-6-97, "M., C. A.", c. 6813, PJN Intranet
Se citó: *CNCCor, fallo plenario, 28-11-47, "P., B.", L. L. 49-125

Los forcejeos mantenidos por el procesado por robo con sus aprehensores no constituyen resistencia a la autoridad si no fueron más allá

de la violencia física ejercida para procurar su impunidad, contemplada en el artículo 164 del Código Penal.

CNCCor., sala VI, 22-10-92, "M., A. M.", L. L. 1993-B-459

Cuando la violencia que se realiza después de cometido el robo para lograr su impunidad consiste en una resistencia a la autoridad, ambos delitos concurren en forma ideal, en tanto se trata de una única conducta con duplicidad típica.

CNCCor., sala VI, 29-11-88, "C., J. B.", L. L. 1989-B-546 y D. J. 1989-2-112

Para que existan dos delitos distintos—robo y resistencia a la autoridad—y ausencia de uno solo complejo, la resistencia a la autoridad debiera asumir el rango de finalidad esencial que se propuso el culpable con autonomía de la conducta precedente, y no como una mera circunstancia incidental generada como secuencia del robo, tal como aparece configurada en la especie, supuesto en el que no corresponde aplicar la figura del concurso material de delitos.

TOCt. Nº 23, 30-5-96, "H., C. W.", L. L. 1998-E-311, con nota de Jorge Alberto Sandro

4. *Con el abuso de armas*

En la calificación legal de los hechos—en el caso luego de desacatar la orden de detención impartida los agentes sometieron a la comisión policial a un nutrido tiroteo—no es posible la convivencia de las figuras de abuso de armas con la resistencia a la autoridad, sea en la forma de un concurso aparente o de uno ideal, pues por razones de especialización, corresponde la subsumción en el tipo de abuso de armas, aunque agravado por el designio que los autores tenían de "procurar la impunidad para sí", según la fórmula del artículo 80, inciso 7º por reenvío del artículo 105 del Código Penal.

CCCorr. de Pergamino, 26-8-96, "M., D. A. s/Robo calificado automotor, atentado y resistencia a la autoridad", JUBA sept./2003

5. *Con el dano*

En base a lo sostenido en el pronunciamiento plenario "P., B.", los incoados se opusieron por medios violentos a la orden impartida por

el funcionario, quedando limitado el accionar de los enjuiciados a esta figura, dado que la conducta descripta en el artículo 184, inciso 1º del Código Penal atende puntualmente a la cosa y no a la obstaculización de la disposición emanada por el policía*.

CNCCorr., Sala de FERIA B, 29-7-97, "P., G.", c. 24, PJN Intranet
Se citó: *CNCCorr., fallo plenario, 28-11-47, "P., B.", L. L. 49-125

DESOBEDIENCIA (Art. 239, Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

La omisión del deudor de poner el bien gravado a disposición del juez interviniente sólo configuraría, en principio, el delito de defraudación mas no el de desobediencia, aunque se pretenda que éste concurre formalmente con aquél, ya que no obstante mediar una orden concreta y escrita, no incurre en el quien incumple órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial.

CSJN, 4-9-90, "A. L., M.", L. L. 1991-A-310

La desobediencia debe dirigirse, lo mismo que la resistencia, al funcionario, e importará el inmediato incumplimiento de una orden. Si no existe esa relación inmediata, no necesariamente de presencia, entre un funcionario, una orden y un destinatario, no hay desobediencia. En cuanto a la consumación, la resistencia se consuma con el primer acto de oposición (a la orden) y la desobediencia, con el vencimiento del plazo para el cumplimiento (de la orden) (voto del Dr. Mitchell).
Con base en una interpretación sistemática y tal como quedaron fijados los hechos resulta imposible decir que el encausado al fugarse de un juzgado, habiendo sido conducido allí para prestar una ampliación de su indagatoria en un proceso en el que estaba detenido en prisión preventiva, haya desobedecido una orden de la autoridad y ello así por la sencilla razón de que, en los términos exigidos por el artículo 239 del Código Penal, la orden nunca existió, o sea, no se comprobó la presencia del elemento esencial del tipo objetivo de la desobediencia (o de la resistencia). Y no la hubo porque la única consumación que habría resistido el encausado era la de no evadirse, la de mantenerse en prisión preventiva, y su no cumplimiento jamás

podría configurar la especie acriminada. De adverso, todo prófugo, todo rebelde, cometería el delito de desobediencia, lo que evidentemente no es así (voto del Dr. Mitchell).

La desobediencia, prevista en el artículo 239 del Código Penal, ha sido definida como un modo de resistencia menor en la que no se utiliza intimidación o fuerza y que se halla constituida por el incumplimiento de una orden. Lo esencial es que exista una orden concretamente dirigida al particular, porque la desobediencia a una orden genérica de la autoridad, a una disposición suya dada con carácter general no la constituye (voto del Dr. Mitchell).

CNCas.Pen., sala III, 15-8-2002, "G., H. S. s/Recurso de casación", reg. 410.02.3, PJN Intranet

Se citó: CNCCorr., plenario "P.", Fallos, t. V, p. 747; CNFed.CCorr., 1-3-91, "FNIA s/Dcia. art. 239 del Cód. Pen.", c. 7142, reg. 7868

Si bien la ley 17.567 incluyó en el Código Penal la excusa absoluta (excepción en sentido substancial) de que la orden desobedecida se refiriese a la propia detención del desobediente, la derogación de dicha preceptiva por ley 23.077, manifestó con claridad la voluntad del legislador de punir al desobediente. Es que tanto el que resiste como el que desobedece exteriorizan desprecio hacia la autoridad, por lo que su tratamiento unificado a la luz de la ley penal es enteramente razonable y guarda congruencia con la necesidad de proteger el bien jurídico a que se refiere la rubrica del título en que la norma se inserta.

Trib.Cas.Pen. de Buenos Aires, sala III, 12-3-2002, "G., R. O. y otro", L. L. B. A. 2002-652

El artículo 239 del Código Penal, al describir el actuar del funcionario emisor de la orden, exige que dicho actuar sea propio del "legítimo ejercicio de sus funciones", por lo que "la autoridad cesa cuando comienza la extralimitación funcional". Por ello al faltar el elemento normativo del tipo, la orden de un juez declarada inválida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como órgano cuspide de la organización judicial, resulta impune por atípica.

CNFed.CCorr., sala I, 1-10-98, "R., J. s/Sobresesimiento", PJN Intranet

Preliminarmente, estarían reunidos los elementos objetivos y subjetivos, es decir, el incumplimiento de la orden judicial de entregar una suma determinada de dinero por una persona física que tuvo el conocimiento directo del mandamiento. Adujamos que el delito previsto en el artículo 239 en cuanto al momento de consumación es instantáneo, porque se habría consumado con el mismo acto de no hacer lo mandado el día 18 de abril de 2002. Entonces, prima facie hay motivos suficientes para sospechar que esa persona ha participado en la comisión de un delito:

1º) Porque existe la orden judicial de entregar el depósito en la caja de ahorro, manda que emana de un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones, y el destinatario es el imputado (a cargo interinamente de la gerencia de esa entidad financiera).

2º) Porque el expediente civil está probando la inexistencia del recurso judicial con efecto suspensivo iniciado con fecha anterior al 18 de abril de 2002 que es cuando se habría consumado la desobediencia, ya que el banco comenzó el trámite del ex artículo 195 bis del Código Procesal Civil el 23 de abril de 2002.

3º) Porque en la manifestación de voluntad del causante no habría razón para errar en cuanto a la obligatoriedad en general de la orden judicial desde el 18 de diciembre de 2001 apreciando que el Ministerio de Economía de la Nación dictó la resolución 863/01 con la siguiente regla: "Aclárase el artículo 1º, inciso d) [de la resolución 850/01] [...] en el sentido que dicha disposición no inhibe a las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina del cumplimiento de mandas judiciales a las que dicha norma alude..."

4º) Porque en la resistencia no habría razón para errar en cuanto a la obligatoriedad en particular de esa orden judicial pues sabía desde el 18 de abril de 2002 que la situación de la amparista nacida el 17-11-24, de 77 años encuadraba en el supuesto de excepción previsto por el artículo 3º del decreto 320/02 de la misma legislación de emergencia: "La suspensión de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias dispuesta precedentemente, no será de aplicación cuando mediaran razones que a criterio de los magistrados actuantes, pusieran en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas. Tampoco será de aplicación respecto de aquellas personas de setenta y cinco (75) o más años de edad".

de 2002 por la conducta voluntaria del imputado si podría encuadrarse a primera vista en la figura legal del artículo 239 del digesto criminal, de manera que corresponde en virtud del razonable estado de sospecha que el juez proceda a interrogarlo a fin de manifestar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los sucesos e indicar las pruebas que estime oportunas (arts. 294 y 299, *a contrario* *Penal*, Santa Fe, 1998, t. II, 705).

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 26-10-2002, "P., D. s/Su deia."

...la disposición del magistrado que conoció del amparo importó, obviamente, acordar verosimilitud al derecho invocado por el accionante; es decir, que consideró prima facie que las normas restrictivas de los depósitos contenían un grado importante de ilegitimidad que hacía probable su descalificación constitucional. En ese contexto, pues, levantó cautelarmente la veda que ellas importaban con lo cual, apartados los obstáculos legales y reglamentarios, renació el contrato en sus términos originales de manera que quedaba expedita la posibilidad de reclamar el reintegro inmediato, tal como lo dispuso. Que, como se dijo, despididos cautelarmente los impedimentos que alteraban el curso del contrato, las relaciones recíprocas entre el amparista y el banco retornaban entonces sin interferencias a su situación natural, con lo cual ese vínculo volvía a ubicarse en el campo del Derecho Privado y, particularmente, en el que hace a las obligaciones convencionales de contenido patrimonial.

En este orden de ideas, y a través de un nuevo análisis de la cuestión cabe concluir, entonces, que el mandato del magistrado tenía consecuenciasmente también un claro objeto dinerario en tanto no hacía sino disponer el reintegro de sumas adeudadas en virtud del convenio oportunamente celebrado entre las partes. Que, por otro lado, si bien la orden de pago fue dirigida contra el responsable de la sucursal, aquella no podía lógicamente significar que se impusiera a dicho sujeto la obligación de abonar con dinero de su propio peculio, por manera que no caben dudas acerca de que la verdadera obligada al reintegro resultaba ser la institución financiera, sólo que el mandato se personalizaba en cabeza del referido funcionario quien, en realidad, no constituía en la ocasión sino un mero órgano de la entidad deudora. En ese sentido cabe señalar que el banco es una persona

colectiva o moral, y sus fines se realizan a través de sus directivos, gerentes o administradores, que son quienes obran en nombre de la entidad desarrollando su voluntad, y también por medio de sus empleados o agentes, cuyo rol habrá de ser el de meros instrumentos materiales de ejecución, destinados a realizar en la faz práctica la voluntad del sujeto de existencia ideal.

En este marco de circunstancias, el gerente era, para el caso y en lo que aquí interesa, la propia institución financiera personalizada en un dependiente que de ese modo pasaba a integrar, como tal, parte en la relación privada contractual originaria cuyo cumplimiento se ordenaba; y lo que hizo en esa situación fue no acatar la orden de devolver los fondos oportunamente depositados por la actora, lo que equivale a decir que su conducta omisiva se limitó, simplemente, a no cumplir el pago de una deuda.

Que, en tales condiciones, tratándose en definitiva de una relación privada de contenido económico, resulta aplicable respecto del imputado —en su rol de deudor individualizado de la prestación dineraria exigida— la reiterada jurisprudencia de la CSJN en el sentido de que no comete el delito de desobediencia quien incumple órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial, ya que la satisfacción de esas obligaciones debe perseguirse por los medios específicamente previstos por la ley al efecto. De otro modo, vendría a sancionarse penalmente el mero incumplimiento de un pago. Que, por último, conviene aclarar que en razón de los argumentos expuestos resulta indiferente para la solución del caso la circunstancia de que el mandado se encontrara o no firme al momento de su inobservancia, desde que cualquiera fuere la situación a ese respecto la conducta escapa al reproche penal.

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, 1-10-2002, "M. R. A., F. J. s/Su denuncia", PJN Intranet

El hecho de que el banco no haya cumplido los requisitos de informes del fiscal no se subsume en el tipo de desobediencia (art. 239 del Cód. Pen.), en cuanto que sólo puede ser sujeto activo de ese delito el destinatario de una orden legítima de la autoridad sin que ello se dé en el caso en que las órdenes dadas no se dirigen contra una persona determinada.

CNCor., sala IV, 4-12-2003, "Banco Río", c. 19.596, PJN Intranet

Comete el delito de desobediencia aquel que no cumple la orden pudiéndola cumplir ya que el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible.

Si no obstante el imputado desobedeció la orden emitida por el juzgado civil (según el cual, al tratarse de una cuestión de salud cuya atención no admitía demora, dispuso la cobertura de la Mutua de Médicos de la totalidad de los gastos de intervención quirúrgica, internación, medicación y gastos en concepto de honorarios médicos), el mismo manifestó que la mutua que presidía había hecho saber al damnificado y al juzgado civil que no podía cumplir con lo ordenado, toda vez que se encontraba en convocatoria de acreedores y no contaba con el presupuesto exigido para que se realizara la operación, corresponde revocar el procesamiento y decretar la falta de mérito.

CNCCorr., sala IV, 18-11-2003, "L., A.", c. 22.035, P/JN Intranet

La desobediencia a la autoridad es el no acatamiento por el autor a la orden legítimamente impartida por una autoridad pública; en cambio, la resistencia contra la autoridad es la oposición o rechazo —que supone reacción— a la acción ejecutiva de la orden legítima de la autoridad.

CNCCorr., sala IV, 12-6-97, "M., C. A.", D. J. 1998-3-488; CD L. L.

Encuadra prima facie en el delito de desobediencia —artículo 239, Código Penal— la conducta del martillero designado para efectuar la subasta de automotores que omite cumplir con la orden del juez de la causa para que se realice previamente la publicidad en un diario.

CNCCorr., sala VII, 7-5-2002, "F., R. P.", J. A. 2002-IV-375; FANA sept./2003

Encuadra prima facie en el delito de desobediencia —artículo 239, Código Penal— la conducta del secretario de Estado que, intimado a cumplir con una sentencia, omite ejecutar el llamado a licitación ordenada por un magistrado dentro del marco de un amparo sobre la concesión de servicio público de transporte.

CNCCorr., sala I, 19-3-2002, "K., J.", J. A. del 22-1-2003, p. 67; FANA sept./2003

colectiva o moral, y sus fines se realizan a través de sus directivos, gerentes o administradores, que son quienes obran en nombre de la entidad desarrollando su voluntad, y también por medio de sus empleados o agentes, cuyo rol habrá de ser el de meros instrumentos materiales de ejecución, destinados a realizar en la faz práctica la voluntad del sujeto de existencia ideal.

En este marco de circunstancias, el gerente era, para el caso y en lo que aquí interesa, la propia institución financiera personalizada en un dependiente que de ese modo pasaba a integrar, como tal, parte en la relación privada contractual originaria cuyo cumplimiento se ordenaba; y lo que hizo en esa situación fue no acatar la orden de devolver los fondos oportunamente depositados por la actora, lo que equivale a decir que su conducta omisiva se limitó, simplemente, a no cumplir el pago de una deuda.

Que, en tales condiciones, tratándose en definitiva de una relación privada de contenido económico, resulta aplicable respecto del imputado —en su rol de deudor individualizado de la prestación dineraria exigida— la reiterada jurisprudencia de la CSJN en el sentido de que no comete el delito de desobediencia quien incumple órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial, ya que la satisfacción de esas obligaciones debe perseguirse por los medios específicamente previstos por la ley al efecto. De otro modo, vendría a sancionarse penalmente el mero incumplimiento de un pago. Que, por último, conviene aclarar que en razón de los argumentos expuestos resulta indiferente para la solución del caso la circunstancia de que el mandato se encontrara o no firme al momento de su inobservancia, desde que cualquiera fuere la situación a ese respecto la conducta escapa al reproche penal.

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, 1-10-2002, "M. R. A., F. J. s/Su denuncia", PJN Intranet

El hecho de que el banco no haya cumplido los requisitos de informes del fiscal no se subsume en el tipo de desobediencia (art. 239 del Cód. Pen.), en cuanto que sólo puede ser sujeto activo de ese delito el destinatario de una orden legítima de la autoridad sin que ello se dé en el caso en que las órdenes dadas no se dirigen contra una persona determinada.

CNCCorr., sala IV, 4-12-2003, "Banco Río", c. 19.596, PJN Intranet

Comete el delito de desobediencia aquel que no cumple la orden pudiéndola cumplir ya que el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible.

Si no obstante el imputado desobedeció la orden emitida por el juzgado civil (según el cual, al tratarse de una cuestión de salud cuya atención no admitía demora, dispuso la cobertura de la Mutual de Médicos de la totalidad de los gastos de intervención quirúrgica, internación, medicación y gastos en concepto de honorarios médicos), el mismo manifestó que la mutua que presidía había hecho saber al damnificado y al juzgado civil que no podía cumplir con lo ordenado, toda vez que se encontraba en convocatoria de acreedores y no contaba con el presupuesto exigido para que se realizara la operación, corresponde revocar el procesamiento y decretar la falta de mérito.

CNCCorr., sala IV, 18-11-2003, "L., A.", c. 22.035, PJN Intranet

La desobediencia a la autoridad es el no acatamiento por el autor a la orden legítimamente impartida por una autoridad pública; en cambio, la resistencia contra la autoridad es la oposición o rechazo —que supone reacción— a la acción ejecutiva de la orden legítima de la autoridad.

CNCCorr., sala IV, 12-6-97, "M., C. A.", D. J. 1998-3-488; CD L. L.

Encontrada prima facie en el delito de desobediencia —artículo 239, Código Penal— la conducta del martillero designado para efectuar la subasta de automotores que omite cumplir con la orden del juez de la causa para que se realice previamente la publicidad en un diario.

CNCCorr., sala VII, 7-5-2002, "F., R. P.", J. A. 2002-IV-375; FANA sept./2003

Encontrada prima facie en el delito de desobediencia —artículo 239, Código Penal— la conducta del secretario de Estado que, intimado a cumplir con una sentencia, omite ejecutar el llamado a licitación ordenada por un magistrado dentro del marco de un amparo sobre la concesión de servicio público de transporte.

CNCCorr., sala I, 19-3-2002, "K., J.", J. A. del 22-1-2003, p. 67; FANA sept./2003

La desobediencia por parte de la madre a cumplir el régimen de visitas en favor del padre de un menor, no queda atrapada por el delito del artículo 239 del Código Penal, ya que da lugar a secuencias de coacción propias del proceso civil, diagramadas precisamente para asegurar que el mandato judicial se satisfaga aun cuando estén de por medio intereses personales de las partes, y el delito de desobediencia se desplaza en razón de que no se cuenta con la contumacia a la disposición de imperio, desplegada para proteger un interés que incumbe a la administración pública.

CCCorr. de Rosario, sala II, 18-12-91, "S., P.", J. 89-174; CD L. L.

El concepto de orden, incluido en la figura del artículo 239, no comprende aquellas referidas a intereses personales de partes, es decir que resultan ajenas a tal significación las obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto Derecho Civil (cfr. Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981. Ver además causa "C., O. s/Sobresesimiento" del 13-8-98, reg. 15.678). Aun cuando mediara una orden concreta y directa, no dan lugar a este delito cuestiones vinculadas a intereses personales. De lo contrario, el incumplimiento de toda sentencia judicial sería punible (conf. cita de Alberto S. Millán en Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, t. VII, p. 172). Ello concuerda con lo dicho reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*: 306:1570; 313:824; 315:1693) y recientemente por la CFed.Corr. de San Martín, sala I, en autos "C." del 19-9-2002. Por tales motivos no es penalmente relevante la conducta de la gerente de una sucursal bancaria consistente en el incumplimiento de una orden judicial, dictada en un recurso de amparo, en el que se dictó la inconstitucionalidad de ciertas normas vinculadas a la disponibilidad de depósitos, y se hacía lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a la entidad bancaria la entrega de la totalidad de los importes que la actora poseía en un fondo común de inversiones. Ello, sin perjuicio, además, que el motivo de incumplimiento habría sido ajeno a la imputada.

CNFed.Corr., sala II, 18-3-2003, "P., C. s/Sobresesimiento", PJN Intranet

En el mismo sentido, la misma sala II en autos "Incid. de apel. de B. y L., C." por sentencia del 18-3-2003, reg. 20.915 y "F., A." del 25-3-2003, reg. 20.941

No encontrándose firme una orden judicial de restitución de dinero, impartida al representante legal de una institución bancaria, no puede atribuirsele el delito de desobediencia o el de violación de los deberes de funcionario público al representante legal del banco que se negó a cumplirla.

CNFFed.CCort., sala I, 27-6-2002, "Banco Nación s/Archivo",
PJN Intranet

No comete el delito de desobediencia aquel presidente de un club deportivo que no cumplió la orden, emanada de un juez comercial, de entregar las instalaciones del club a la sindicatura si el cumplimiento de aquella orden le podía traer aparejados perjuicios de otra índole—en el caso, porque el inmueble donde funcionaba el club era alquilado— pues, de lo contrario, el incumplimiento de toda sentencia judicial sería punible. Para el delito de desobediencia—en el caso, por el no cumplimiento, por parte de un presidente de un club deportivo, de la orden impartida por un juez comercial, de entrega del inmueble a la sindicatura— una cosa es desobedecer o resistir al funcionario y otra violar un deber jurídico, y su ámbito de aplicación sólo se limita al campo de los actos administrativos. No comete el delito de desobediencia aquel presidente de un club deportivo que no cumplió la orden, emanada de un juez comercial, de entregar las instalaciones del club a la sindicatura si, luego de hacer lugar al recurso de queja por apelación denegada, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial concedió el recurso denegado, retrotrayendo los efectos suspensivos de la orden impartida por el juez de primera instancia, pues técnicamente no hubo orden que cumplir.

CNCCort., sala I, 11-6-2001, "H., D.", L. L. 2001-E-604; FANA
sept./2003

1. Haciendo una conceptualización negativa de la acción típica prevista y reprimida en el artículo 239 del Código Penal, Edgardo Alberto Donna señala que es el no acatamiento a la orden impartida jurídicamente por un funcionario. Por lo tanto, sin orden ni destinatario no hay desobediencia*.

De igual manera sostiene Ricardo C. Núñez que la desobediencia a la autoridad es el no acatamiento por el autor a la orden que le ha impartido legítimamente una autoridad pública, el autor del delito sólo puede ser el destinatario de la orden**. Bajo estas premisas, ha

sostenido este tribunal, haciendo referencia al autor mencionado en primer lugar, que el concepto de "orden" incluido en la figura del artículo 239 del Código Penal es un mandamiento, escrito u oral, 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. 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 si lo deben ser los mandamientos que tienen como fin el cumplimiento de la sentencia***.

2. Resulta imposible decir que el encausado o cualquier responsable del Banco Ciudad, hayan desobedecido una orden de la autoridad y ello así por la sencilla razón de que, en los términos exigidos por el artículo 239 del Código Penal la orden nunca existió, o sea, no se comprobó la presencia del elemento esencial del tipo objetivo de la desobediencia, ya que en ningún momento existió un mandamiento dirigido a persona alguna del Banco de la Ciudad de Buenos Aires tendiente a obtener el reintegro del dinero depositado en el plazo fijo nominativo, motivo por el cual, además, mal puede interpretarse satisfactoria la exigencia de la individualización de la persona responsable, sino tan sólo una medida cautelar genérica que decretaba respecto de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, la suspensión del inciso a) del artículo 2º del decreto 1570/01, en los términos del decreto 1606/01, en cuanto establece restricciones a la extracción de sumas depositadas, entre otros, en plazo fijo, debiendo en este caso efectuarse la entrega de los importes al vencimiento del plazo estipulado en la operación.

3. Respecto al carácter que debe revestir la orden para que su incumplimiento configure el delito de desobediencia ha señalado la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal que lo esencial es que exista una orden concretamente dirigida al particular, porque la desobediencia a una orden genérica de la autoridad, a una disposición suya dada con carácter general no la constituye****. No reuniéndose, por tales motivos, los elementos necesarios del tipo objetivo, la conducta denunciada se ha tornado evidentemente atípica por inexistencia de delito y en consecuencia resulta innecesario e irrelevante adentrarse en el análisis del tipo subjetivo.

CN Fed. CCorr., sala I, 21-10-2003, "D. C., R. P.", L. L. del 4-2-2004, p. 10

Se citó: * Donna, Edgardo, *Delitos contra la administración*

pública, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 85; **Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, t. IV, vol. II, p. 27; ***CNFed.CCorr., sala I, 20-11-2002, "D., G.", c. 34.570, reg. 1218, y ***CNCas.Pen., sala III, 15-8-2002, "G., H. S.", c. 3765

La desobediencia debe dirigirse al funcionario e importa el incumplimiento de una orden, debe haber una relación inmediata entre dicha orden y la omisión de cumplirla. Por eso no se configura el delito de desobediencia si la orden fue dirigida genéricamente, sin individualización de la persona responsable y sin que el trámite se hiciera ante ella. Para que se configure el delito de desobediencia, la orden debe ser dirigida a persona determinada; en autos, en cambio, la orden impartida por la jueza comercial dispuso que quien debía cumplir la orden era la "entidad bancaria", por lo que puede concluirse que falta uno de los elementos del tipo objetivo, que es el destinatario.

CNCCorr., sala I, 19-8-2003, "B., F.", L. L. del 30-3-2004, p. 7

1. El concepto de "orden" incluido en la figura del artículo 239 del Código Penal ha sido definido como "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"; en tanto se sostuvo que la acción típica de dicho delito "es desobedecer a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal"*.

2. El requerimiento de informes de un representante del Ministerio Público Fiscal en el marco de una investigación penal que llevaba a cabo, es una "orden" en la inteligencia del artículo 239 del Código Penal, cuando es el funcionario que está a cargo de la instrucción por delegación (art. 196, CPPN), ya que dentro de sus facultades están conforme el artículo 212 del citado Código las de citar a testigos, requerir los informes que estime pertinentes y útiles, disponer las medidas que considere necesarias en el ejercicio de sus funciones y practicar las inspecciones de lugares y cosas con la debida orden judicial de allanamiento en caso de ser necesario. Además, "las partes le podrán proponer actos procesales o la obtención de medios de prueba de cualquier momento de la investigación", que el fiscal los llevará a cabo si los considera pertinentes y útiles, "observando las reglas de la presente sección". En este contexto, los requerimientos

efectuados por el señor fiscal tienen la entidad suficiente para considerarlos "órdenes" en el marco del artículo 239 del Código Penal.

3. De adverso, si la investigación de la causa no es llevada adelante por el fiscal, o sea si no hubo delegación de las actuaciones por parte del juez de instrucción, entonces el representante del Ministerio Público no está investido de las facultades que le acuerda el CPPN, y por tanto sus pedidos de informes sólo pueden canalizarse a través de solicitudes al señor magistrado a cargo de la instrucción, para que éste emita los requerimientos respectivos —con carácter de orden en el sentido del artículo 239 del Código Penal—.

4. No es aceptable la afirmación de que "requerir no es lo mismo que ordenar", el *Diccionario de la Lengua Española* define el término "requerimiento" como "acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa"—segunda acepción—y "requerir" como "intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública"—primera acepción—(Real Academia Española, vigésima primera edición, 1992). La jurisprudencia, se ha pronunciado en este sentido aquí propiciado al señalar que 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 choferes que trabajaban en su empresa***.

CNCas.Pen., sala II, 15-5-2003, "Banco Río s/Rec. de casa-ción", L. L. online

Se citó: *Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 85 y 86; **misma sala, 2-7-93, "A., B. N. s/Recurso de casación", c. 7, reg. 18, y ***CNCas.Pen., sala V, 4-6-86, "P., O. A.", c. 19.434, L. L. 1986-E-140

Configura el delito de desobediencia la acción del imputado que, pese a existir un proceso civil por violencia familiar en su contra en donde por sentencia judicial se lo excluyó del hogar conyugal sin poder acercarse a la damniificada y los hijos del matrimonio, ha incumplido tal orden y ha ocasionado lesiones a la víctima.

En consecuencia, debe homologarse el procesamiento dictado en contra del imputado en orden a los delitos de lesiones y desobediencia.

CNCas.Pen., sala V, 14-4-2003, "A., H. A.", c. 21.071, PJN Intranet

La desobediencia del inculso a la orden impuesta por el magistrado

civil, bajo apercibimiento de aplicársele la multa respectiva y extraer testimonios en aplicación del artículo 239, Código Penal, configura el ilícito previsto por el mentado artículo, ya que se trata de un delito instantáneo que se consuma con el acto material de hacer caso omiso a la orden dispuesta por un funcionario público, o cuando teniendo un plazo para su observancia, éste ha vencido.

CNCCor., sala I, 23-9-2002, "E., L. R.", c. 18.962, *Bol. Int. de Jurisp.* Nº 3/2002, p. 240

1. Nadie puede ser obligado, por disposición de una autoridad judicial, a realizar una conducta que pueda traerle aparejados perjuicios de cualquier índole, de manera voluntaria, ya que en ese caso, siempre se daría el presente delito. En casos extremos es la justicia la que deberá resolver el problema, mediante los medios que la ley le otorga. 2. No comete el delito de desobediencia el imputado que fue intimado a entregar las instalaciones de un establecimiento sin perjuicio del contrato de locación que había suscripto en su oportunidad, pues en el ámbito judicial debe extremarse el cuidado para no extender la figura*, así como también que "una cosa es desobedecer o resistir al funcionario y otra violar un deber jurídico", considerando el tribunal que su ámbito de aplicación sólo se limita al campo de los actos administrativos. Es que como bien expresa Fontán Balestra "aun mediante la orden concreta, no dan lugar a este delito cuestiones que se vinculen con intereses personales, de cualquier índole, efectivamente, patrimonial o familiar, o con las garantías constitucionales. De lo contrario, el incumplimiento de toda sentencia judicial sería punible".

CNCCor., sala I, 11-6-2001, "H., D.", L. L. 2001-E-604; D. J. 2001-3-188

Se citó: *Roberto Terán Lomas, *Desnaturalización del delito de desobediencia a la autoridad*, en J. A. 1977-II-214; **Sebastián Soler, *Tratado*, 1963, t. V, p. 104, y ***Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, p. 192

1. El delito de desobediencia debe reservarse para aquellos casos de menosprecio o alzamiento contra un acto de imperio legalmente notificado, de suficiente entidad como para acarrear desprestigio a la autoridad o entorpecimiento de las funciones judiciales o administrativas*. 2. No es posible dar por configurado el ilícito si la orden impartida al

procesado de exhibir dentro de las 24 hs el bien embargado no había sido conocida por éste, lo que se extrae de la diligencia de notificación, según la cual la persona que recibió la cédula fue otra y no su destinatario.

Apel. de Pergamino, 28-9-95, "T. D. A.", L. L. B. A. 1995-1104
 *Cfr. causa P-1876/95, fallo del 29-8-95; Rubianes, *Código Penal...*, 1983, t. 2, p. 1236, 2 e) y d); Breglia Arias-Gauna, *Código Penal y leyes complementarias. Comentarios, anotados y concordados*, 1987, p. 856 y jurisprudencia citada en nota 16; Soler, *Derecho Penal argentino*, 1956, t. V, ps. 109 y 124

1. Existencia de sanción especial para el incumplimiento de la orden

Si el incumplimiento de la medida de no innovar dispuesta por el juez civil tiene previsto una sanción especial, no se configura el tipo penal de desobediencia, por lo que corresponde confirmar el sobreesimiento del imputado. Ello, toda vez que el Código Procesal Civil y Comercial "establece que los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarías 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".

CNCCorr., sala VI, 26-6-2003, "H., S.", c. 21.095, PJN Intranet

El incumplimiento de la orden judicial que imponía embargo sobre el total de lo recaudado en concepto de expensas deviene atípico, en cuanto el artículo 399 del CPC (vigente al momento de la comisión del hecho reprochado y derogado por el art. 3º de la ley 25.488) contempla una sanción pecuniaria por el incumplimiento de la orden judicial y el término "entidad privada" al que hace referencia dicho artículo puede aplicarse tanto a personas físicas como de existencia ideal en tanto se dediquen a la actividad privada. La recepción por parte del portero de la posterior cédula de notificación configura una falta de prueba del conocimiento personal de la imputada de la orden judicial, que obsta también a la configuración del delito de desobediencia. En consecuencia, corresponde homologar el auto que dispuso el sobreesimiento de la imputada.

CNCCorr., sala V, 15-9-2003, "J., V. P. y otros", c. 22.361, PJN Intranet

1. Las sanciones conminatorias no excluyen el delito de desobediencia, pues aquéllas tienen el propósito de obligar al cumplimiento de una orden, mientras que la figura penal requerida apunta a penar su falta de cumplimiento; o sea que la conminación se relaciona con lo futuro y el delito concierne al pasado. Aun no siendo así, nada obsta a que sanciones distintas de las penales coexistan con éstas, un claro ejemplo de lo cual lo brinda la disposición del artículo 7º del CPC (voto de la mayoría).

2. Tal como lo sostuvo en mi voto, que resultó mayoritario, en la causa 13.956, "Lutz de Jauregui", 20-2-81, para que se configure el delito de desobediencia, es preciso que, además de la oposición a la orden legítima dada directamente al imputado, su cumplimiento no tenga una sanción especial, situación ésta que no se da precisamente en el caso de autos, pues el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial dispone que los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos. Y esta norma específica aplicable desplaza a la norma del artículo 240 del Código Penal... (voto en disidencia del Dr. De la Riestra).

CNCCor., sala III, 1-6-82, "G., N.", c. 15.462, *Boletín de Jurisprudencia*, Año 1982, Nº 3, mayo-junio, p. 90

1. Incurre en el delito de desobediencia quien no cumplió la orden judicial de entregar la documentación requerida con motivo de una demanda por cobro de pesos, pese a que se lo intimó, notificándosele fehacientemente del mandato.

2. Si bien se ha predicado en doctrina y jurisprudencia el desplazamiento del tipo penal implicado, cuando existe sanción especial para el incumplimiento de ciertas órdenes de la autoridad, en especial cuando se trata del acatamiento de disposiciones jurisdiccionales susceptibles de ejecución compulsiva por la vía reglada en los artículos 37 del Código Procesal Civil y Comercial y 666 bis del Código Civil, el tribunal no comparte tal criterio. Es que si bien es indiscutible que un especial tipo de prohibición penal puede primar por su estructura específica, frente a otro que albergue genéricamente similar hipótesis de acción, ello sólo es técnicamente posible —concurso aparente— cuando ambos son tipos penales concurrentes que pugnan por su aplicación, lo cual significa que los dos tienen que prever una conducta prohibida bajo amenaza de sanción penal, de cualquier

jerarquía que fuera. Pero dicha posibilidad se excluye cuando concurren supuestos de prohibición heterogéneos (penales y no penales); alternativa para la cual no existe principio jurídico que autorice el desplazamiento de uno por el otro, situación que explica la común aplicación simultánea de sanción civil y penal respecto de un mismo hecho antijurídico.

3. La institución de las "astreintes", según fue legislada entre nosotros, representa un peculiar medio compulsivo de satisfacer mandatos procesales o deberes jurídicos impuestos por resolución jurisdiccional, que se resuelve, en caso de incumplimiento, por la simple reparación del daño inferido al titular del derecho perjudicado. El propósito esencialmente reparador de la sanción amenazada para el remisor demuestra que en modo alguno se trata de una infracción penal, conclusión que impide todo conflicto posible con el supuesto prohibitivo del artículo 240 del Código Penal.

CNCor, sala VII, 8-6-82, "Gerente de Transportes «El Lito-ral»", c. 1883, *Boletín de Jurisprudencia*, Año 1982, Nº 3, mayo-junio, p. 88

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 aparecen responsables por las costas, o las sanciones establecidas en el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial. 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.

CNCor, sala IV, 13-3-81, "C. de K.", c. 25.350, *Boletín de Jurisprudencia*, Año 1981, Entrega 04, p. 66

Nota: Se trataba de un juicio de escrituración en el cual el juez, a pedido de la actora, inicia a la demandada a que aporte los "datos personales" a los efectos de la escrituración. Se revocó la sentencia apelada, absolviéndose a la procesada del delito de desobediencia.

1. No obstante hallarse acreditado que la procesada no cumplió en término la intimación que se le efectuara de poner a disposición de un perito determinada documentación, tal conducta no es configurativa

del delito de desobediencia, ya que a la época en que se produjo el incumplimiento a la intimación decretada por el juez en lo civil, tenía plena vigencia el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial, ley 17.454, que dispone que los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas, tendientes a que las partes cumplan su mandato. Es decir, que existía sanción especial, que desplazaba la adecuación típica de la conducta del acusado.

2. Además, se da en el caso de autos una característica especial: La documentación que se le requería podía resultar prueba en su contra y "la negativa de exhibir elementos de prueba que eventualmente puedan operar en contra del intimado a presentarlos, aunque sea maliciosa, encuadra en la generosa norma constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo..." (CNFed.Crim., "C.", 25-6-73, citado por Rubianes, t. 5, p. 451).

CNCor, sala III, 20-2-81, "L. de J.", c. 13.956, *Boletín de Jurisprudencia*, Año 1981, Entrega 03, p. 50

1. Configura el delito de desobediencia la omisión deliberada del procesado de publicar el contenido de su retractación en un periódico, desde que aquella 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 (del voto del Dr. Rivarola).

4. 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 CPMF remite al Código Procesal Civil y Comercial. Consecuentemente, no puede incurrirse en la conducta de quien no cumple con la publicación, cuando la

parte querellante puede hacerlo a su costa, y luego ejercer la acción civil (disidencia del Dr. Donna).

CNCor., sala I, "C., A. M.", c. 37.563, BCNCYC, Año 1990, Nº 6

2. Legitimidad de la orden

1. El delito de desobediencia, supone la existencia de una orden legítima de la autoridad (art. 239, Cód. Pen.), calidad que por la importancia que merece en función del inalienable derecho del ciudadano a no ser objeto de actos arbitrarios. Interpretar lo contrario sería consagrar la doctrina calificada de reaccionaria por Carrara, y que se inscribe en el fascismo imperante en Italia cuando se sancionó el Código, según la cual "sea cual sea la ilegalidad de la orden, sea cual sea el abuso del poder, los ciudadanos deben silenciosamente obedecer; no tienen el derecho de discutir el acto, cubierto por la presunción de legalidad: no tienen más derecho que el de reclamar después de su ejecución. El socorrido argumento de esa jurisprudencia (también de la antigua Corte de Casación francesa) consiste en que de lo contrario se paraliza la actividad de la autoridad 'introduciendo en las relaciones de ésta con el público el desorden y la anarquía. Este criterio responde a un concepto autocrático claro' (cfr. Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 379), que sacrifica en principio y en todo caso los derechos de los ciudadanos en aras no de la ley, sino de la autoridad, porque acuerda preferencia siempre al órgano aun en el caso en que proceda abusivamente, que es precisamente lo que interesa [...]. Tal principio, propio de un código del tipo del italiano de 1930, contraría directamente un sistema en el cual nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley [...]. Por lo demás, en este punto, también la ley ratifica el principio al mencionar solamente como protegidos a los actos de ejercicio legítimo de autoridad" (cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal*, 1963, t. V, p. 107).

2. El problema no es precisamente el de erigir a los particulares en jueces de los actos de autoridad, y tampoco es en qué circunstancias debe un ciudadano rechazar un acto ilegítimo de autoridad. La cuestión es muy distinta y consiste en establecer cuándo habrá mérito para condenar como delincuente a quien rechazó un acto de autoridad. No se trata de otorgarle un premio al renitente, sino de 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 un homenaje

perpetuo a la autoridad, incluso la abusiva, sino en la culpa real del imputado. En ese aspecto, la teoría rechazada lleva al absurdo, ya señalado enérgicamente por Carrara, según el cual, cuando un funcionario incurre en abuso, sería preciso condenar a un tiempo a los dos sujetos, uno por abuso de autoridad y otro por resistencia a la autoridad abusiva.

3. Configura el delito de desobediencia (art. 239 del Cód. Pen.) la conducta del depositario judicial de utilizar el automóvil de su propiedad que presentaba la numeración del chasis adulterada pues la interdicción del rodado fue dictada en ejercicio legítimo de las funciones de la autoridad pública pese a lo cual el acusado incumplió dicha disposición, no obstante a ello la absolución por atipicidad en relación al delito de encubrimiento por el cual fuera acusado.

CCCGar.Pen. de Pergamino, 12-2-2001, "C., R.", L. L. B. A. 2001-1123

El artículo 239 del Código Penal, al describir el actuar del funcionario emisor de la orden, exige que dicho actuar sea propio del "legítimo ejercicio de sus funciones", por lo que "la autoridad cesa cuando comienza la extralimitación funcional". Por ello al faltar el elemento normativo del tipo, la orden de un juez declarada inválida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como órgano cúspide de la organización judicial, resulta impune por atípica.

CNFed.CCorr., sala I, 1-10-98, "R., J. s/Sobresesimiento", c. 29.864, PJN Intranet

3. *Imposibilidad de cumplir la orden*

La actitud del procesado que no cumplió la orden del juez comercial consistente en proceder, en el término de cinco días, a efectuar el embargo de sueldos, comisiones, o cualquier otra participación que el demandado percibía en la firma, bajo apercibimiento de remitirse las actuaciones a la justicia de instrucción; no configura el delito de desobediencia, por cuanto resultó acreditado que cuando se comunicó en forma fehaciente al procesado que debía hacer efectiva la traba del embargo dispuesto, el demandado ya había dejado de trabajar en la firma de aquél y no existían fondos que pertenecieran a aquél y que hubieran podido embargarse.

La omisión de poner en conocimiento del juez cometal la imposibilidad de cumplir con la traba del embargo no puede configurar el delito de desobediencia.

CNCor., sala III, 14-12-81, "W., M.", c. 14.958, *Boletín de Jurisprudencia*, Año 1981, Entrega 12, p. 266

4. Desobediencia a la orden de detención. Conducta atípica

Si el imputado se limitó a desobedecer la voz de alto de la autoridad policial, dándose a la fuga mas no desplegó ningún acto violento en contra de los oficiales preventores su accionar es atípico. El delito de resistencia a la autoridad pública, se configura, cuando existe oposición del autor —valiéndose de medios violentos— a la acción directa del funcionario público, sobre el ejercida, para hacerle cumplir algo*. La acción típica del delito de resistencia consiste en el empleo de intimidación o fuerza contra los sujetos previstos en la norma, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones**.

Tampoco es imputable la figura de desobediencia prevista en la otra variante del artículo 239 del Código de fondo. La desobediencia a la orden relativa a la propia detención no resulta punible, ya que si quien se encuentra detenido puede evadirse impunemente de no mediar violencia en las personas o fuerza en las cosas, a tortiori también debe resultar impune quien aun no fue detenido cuando no emplea medios violentos para evitar el arresto***.

CNCor., sala VI, 25-6-2002, "D. F., P. S.", L. L. 2003-A-716
Se citó: *CNCor., sala I, 23-4-96, "B., J. C.", **Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 34, y ***Sebastián Soler, citado por Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal. Parte especial*, act. por Guillermo A. C. Ledesma, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 792

La simple desobediencia a la orden de detención escapa al reproche penal.

CNCor., de Morón, sala II, 29-8-95, "P., C. J. y otro", J. A. 1996-IV, CD J. A.

II. Tipo subjetivo

JURISPRUDENCIA

La orden impartida por un juez de devolver dinero depositado, cursada a una entidad bancaria en virtud de un amparo, importa la efectivización o el epílogo de esa acción; por ende la mencionada orden no constituye una obligación de carácter civil, pues la obligación de restituirlo por parte de la institución bancaria había sido justamente una de las condiciones de constitución del depósito; por lo que estamos frente a una orden en el sentido del artículo 239 del Código Penal. El delito previsto en el artículo mencionado (desobediencia) es doloso, en su faz cognoscitiva exige el conocimiento de la orden impartida, de las características que convierten en típico su incumplimiento, y de que se es destinatario de ella. En el presente caso, al existir una duda insuperable con respecto al conocimiento que posea el agente bancario de la orden de pago, obsta a toda conclusión incriminante (voto de los Dres. Rodríguez Basavilbaso, Catucci, Bisordi).

CNCas.Pen., sala I, 25-11-2003, "Z., C. A. s/Recurso de casa-ción", c. 4902, reg. 6361.1, PJN Intranet
Citas: CNCas.Pen., sala II, 15-5-2003, "Banco Río s/Rec. de casación", c. 4297, reg. 5671

El delito de desobediencia 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.

CNCContr., sala I, 19-8-2003, "B., F.", L. L. del 30-3-2004, p. 7

No existe desobediencia si falta la prueba de la existencia de conocimiento personal de la orden incumplida.
No resulta suficiente para configurar el delito de desobediencia a la autoridad, que se acredite que la notificación ha sido práctica, sino que es preciso que de ella haya tenido conocimiento a su debido tiempo el imputado, pues para la configuración de dicho delito, resulta necesaria la existencia de una orden clara y concreta, destinada a una persona o individuos determinados, requisito que además 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.

El conocimiento de la orden, como todo lo atinente a la culpabilidad debe estar acreditado, por lo cual no bastan las llamadas notificaciones fictas, consagradas por las reglamentaciones procesales que se basan en la vigencia de su conocimiento presunto.

CNCCorr., sala IV, 5-6-97, "D., O.", J. A. 1998-II-270; CD J. A.

Toda vez que el delito de desobediencia es un tipo doloso que supone un conocimiento cierto y no ficto del contenido de la orden y de su deber de obediencia —en el caso, de poner a disposición de un magistrado un automotor embargado—, corresponde absolver al imputado que no fue correctamente notificado de la misma —la notificación fue dejada en su domicilio recibiendo su esposa— privándolo del conocimiento pleno de la orden impartida y careciendo consiguientemente su incumplimiento del dolo requerido por la ley.

CCCorr. de Río Tercero, Sala Unipersonal, 23-8-2002, "A., J. H.", L. L. C. 2003 (junio), p. 614

1. La desobediencia es un delito doloso y el dolo exige la conciencia de que la orden desobedecida emana de un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones (conf. Núñez, *Derecho Penal argentino*, t. VII, p. 28). Como sostiene Soler, debe existir una relación inmediata entre un funcionario, una orden y un destinatario (ob. cit., p. 124).

2. Comete el delito de desobediencia el pertyo caligraro que intimado personalmente por el oficial de justicia de la orden de secuestro de un expediente que se encontraba en su poder, dispuesto por el juez, adujo no poder entregarlo por no tenerlo en ese momento en la oficina, comprometiéndose a entregarlo en un plazo no superior a los cinco días hábiles, no cumpliendo ello.

C2CCorr. de Bahía Blanca, sala I, 10-3-94, "M., R. A.", L. L. B. A. 1994-175

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.

CNCCorr., sala IV, 13-3-81, "C. de K.", c. 25.350, *Boletín de jurisprudencia*, Año 1981, Entrega 04, p. 6

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.

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 impuber tal vez ejecutó la conducta delictual que se endilga; esto es sólo conjetura que no pasa de ser tal, imidónea 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.

CNCCorr., sala II, "L., J. E.", c. 24.338, BCNCyC, Año 1980, Entrega X, p. 216

Se citó: CCCorr., Fallos, t. II, p. 417; sala III, 8-8-69, "F. de O., H."

Aun cuando la orden impartida haya sido cumplimentada con posterioridad al plazo establecido, no alcanza para fundar la imputación por el delito de desobediencia al artículo 239 del Código Penal, toda vez que se hallan ausentes sus elementos subjetivos. Ello así por cuanto el delito de desobediencia es de naturaleza dolosa, 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 la voluntad de no responder con la conducta exigida por el requerimiento.

miento de la autoridad, lo que no ocurrió si se ha evidenciado una conducta tendiente a su cumplimiento, eliminando cualquier supuesto de omisión o negación a ese respecto.

CN Fed. CCorr., sala I, 23-5-2002, "V., J. O. s/Procesamiento", c. 34.019, PJN Intranet

IMPEDIMIENTO O ESTORBO A ACTOS FUNCIONALES (Art. 241, inc. 2º, Cód. Pen.)

Porque tanto el impedir como el estorbar—que son los dos verbos que emplea el inciso 2º del artículo 241, Código Penal—constituyen acciones positivas, y no meras omisiones, no encuadra dentro de este precepto la conducta de quien requerido al efecto por funcionarios competentes, omite presentar los libros de actas de la sociedad que preside; ello, empero, no quita que la hipótesis fáctica resulte subsumible en la figura del artículo 240 en tanto la omisión turbe una actividad funcional.

El artículo 241, inciso 2º, Código Penal, ha quedado en la ley como un resabio del sistema anterior del Código, cuando la resistencia y la desobediencia a la autoridad se hallaban comprendidas entre los delitos. De ahí el parco tratamiento en la doctrina y en la jurisprudencia. No cabe duda de que impedir y estorbar constituyen acciones positivas, y no meras omisiones, como es en realidad la desobediencia a una orden de la autoridad (en el caso, requerimiento de la Comisión Nacional de Valores de información y de presentación de los libros de actas de la sociedad denunciada por un accionista como liquidada irregularmente por el directorio y negativa del presidente de éste a su facilitación).

CN Fed. CCorr., 25-6-73, "C.", L. L. 151-360 y J. A. 20-237 (citado en Rubianes, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, 3ª ed. act., Depalma, Buenos Aires, t. V)

Aunque los verbos estorbar o impedir contemplados en el artículo 241, inciso 2º del Código Penal no sólo pueden conjugarse con actos positivos, sino también excepcionalmente mediante omisiones es decisivo que quien impide no esté en uso de un derecho. La existencia de una reglamentación reguladora de las horas en que pudieran ingresar terceros a la casa, explica y justificaría la actitud de

los acusados para tener cerrada la puerta del edificio y también para no atender los llamados de esos terceros, pero no, para impedir cuando habiendo acudido ante el funcionario-notificador judicial-que éste cumpliera su función. Porque, en modo alguno con tal acto, que se podía poner en peligro la seguridad de la casa y sus moradores, lo que el aludido reglamento intentaría preservar por lo que configura el ilícito del artículo 241, inciso 2º del Código Penal (voto en disidencia del Dr. Baigorri Echezazreta).

Si conforme a lo que se tenía reglamentado en el edificio la puerta de calle solamente estaría abierta en horario de comercio, de modo, que fuera de él únicamente tuvieran ingreso quienes tenían la llave, la conducta del propietario y administrador del edificio que tenía el deber de respetar la reglamentación acerca de la puerta de acceso y por tanto el derecho de obrar u omitir en forma acorde para cumplir su obligación, y que usó de su derecho y por consecuencia impidió el accionar del oficial notificador, quien en ejercicio de su función pretendía diligenciar una cédula en uno de los departamentos del inmueble, no configura ilícito penal (art. 241, inc. 2º, Cód. Pen.), sino el ejercicio de un derecho.

El ilícito del artículo 241, inciso 2º del Código Penal es un delito de resultado que se le conceptualiza, como todo impedimento o estorbo del acto funcional que no se haya llevado a cabo con los medios previstos para el atentado y la resistencia de la figura penal básica sin que en el tipo exista enunciativa de los medios comisivos, que sin dudas, no están limitados; cualquiera, puede ser típico, con tal que produzca el impedimento o el estorbo (voto en disidencia del Dr. Baigorri Echezazreta).

CFed.CCorr. de Mendoza, sala B, 18-3-83, "B., R. L. y otro", E. D. 104-289

Únicamente puede ser sujeto pasivo del delito al que alude el inciso 2º 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.

CNCCorr., sala VII, 3-12-90, "L., R.", c. 14.217 (citado en Donna, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 108)

Comete el delito de atentado menor (art. 241, inc. 2º del 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 llevar a cabo su cometido.

CNCor, sala IV, 19-10-93, "F., C.", c. 43.543 (citado en Donna, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 108)

La conducta del procesado configura el delito de perturbación del ejercicio de funciones públicas (art. 241, inc. 2º, Cód. Pen.) y no el de desobediencia; por cuanto impidió fraudulentamente, mediante el ardor de distraer al oficial de justicia, la diligencia de secuestro del automóvil, para posibilitar que un tercero lo retirase del lugar, frustrándose así el acto, destacándose que no medió de su parte reacción violenta ni el impedimento se materializó con fuerza o intimidación.

CNCor, sala II, 30-11-82, "N., A. V.", c. 26.822, *Boletín de Jurisprudencia*, Año 1982, Nº 6, noviembre-diciembre, p. 310
Se citó: Núñez, VII-30; Soler, 1970, V-112

ABSTENCIÓN DE TESTIGO, PERITO O INTERPRETE (Art. 243, Cód. Pen.)

Si el legislador argentino, no obstante los antecedentes extranjeros —que no son uniformes— redactó el artículo 243, Código Penal, en la forma que lo hizo, tal circunstancia es razón para sostener que quiso establecer como delictuoso el hecho de la incomparecencia, o de negarse a declarar o informar, relacionándolo con toda autoridad que legalmente esté habilitada para recibir declaraciones, requerir pericias o para valerse de intérprete.

STJ de Entre Ríos, 30-4-47, J. A. 1947-II-261; L. L. 46-803

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 niega a prestar dicha asistencia, pues no existe disposición alguna que obligue a un habitante de nuestro país a officiar de testigo de algo que va a suceder.

CNCor, sala IV, 7-10-93, "C., R.", J. A. 1994-IV-422

FALSA DENUNCIA (Art. 245, Cód. Pen.)

I. Bien jurídico

Comete el delito de falsa denuncia el imputado que en el momento de su declaración indagatoria manifestó falsamente que había sido golpeado y apremiado por policías, pues si bien el imputado puede mentir, ello no implica la creación de hechos o circunstancias que afrenten a otros sin tener que asumir responsabilidades, ni tampoco interferir o perjudicar la administración de justicia sin ser responsable.

El bien jurídico tutelado en el delito de falsa denuncia es el correcto desempeño de la administración de la justicia y el hecho típico perturba el normal desenvolvimiento de la misma, debido al engaño del que es víctima, ya que ello 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, con el consiguiente perjuicio y desgaste.

CPen. de Rosario, sala III, 28-5-2002, "E., J. E.", L. L. Litoral 2003 (junio), p. 652

El delito de falsa denuncia y el de calumnias e injurias (arts. 109, 110 y 245, Cód. Pen.) protegen bienes jurídicos totalmente distintos, pues el interés de evitar trabas, molestias o gastos inútiles de la administración en general, nada tiene que ver con el honor de las personas. La investigación del delito de falsa denuncia excede el interés privado de la parte damnificada y el legislador previó su persecución penal de oficio, extremo éste que resulta imposible con relación al delito de calumnia e injuria, cuya querrela de realizarse, puede coexistir con la investigación de la falsa denuncia en forma ideal.

El plenario "Bulog" perdió vigencia con la denuncia calumniosa -leyes 17.567 y 21.338-, por lo que, de aplicarse en la actualidad, carece de efecto vinculante.

CNCCor., sala IV, 23-9-2003, "N., M. M.", c. 21.625

El delito de falsa denuncia previsto y penado por el artículo 245 del Código Penal es un delito esencialmente contra la administración de justicia, la que se resiente en su seriedad y recta aplicación al ponerse en marcha sobre un hecho falso.

CPen. de Villa Mercedes, 3-3-98, "U., N.", L. L. Gran Cuyo 1999-655

II. Tipo objetivo

El delito de falsa denuncia, requiere como presupuesto típico, que no se trate de la atribución de un hecho delictivo a persona determinada (cfr. c. 15.525, "Incidente de apelación de Debeney, Enrique", 13-7-99, reg. 16.610), ya que en ese supuesto, podría solamente configurarse el tipo penal previsto en el artículo 109 de la normativa de fondo. Esta postura fue sentada originariamente por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, en el fallo plenario "Bulog", dictado el 27 de marzo de 1953 (L. L. 70-112), en relación con la figura prevista en el artículo 276 bis del Código sustantivo. Pese a que esa norma fue derogada y la figura descripta en el actual artículo 245 de ese cuerpo normativo difiere de la allí analizada, resultan aplicables los argumentos vertidos en esa oportunidad por el mencionado tribunal (en igual sentido se ha expedido la sala II de esa Cámara, causa 41.111, "Cairat, Norma A.", res. el 31-8-92 [L. L. 1993-B-216] y demás precedentes citados en "Debeney").

Tampoco es posible subsumir, la conducta en la figura de falso testimonio prevista en el artículo 275 del citado cuerpo normativo, pues si bien éste, al igual que el de falsa denuncia, tutela la administración de justicia en su carácter de bien jurídico, la posibilidad de inducir a error al magistrado respecto del objeto de la causa constituye una exigencia típica del delito referido (vid. causa 16.235, "Insua, Juan s/Desestimación", resuelta el 30-3-2000, reg. 17.389).

En el mismo sentido, sostiene el doctor Núñez en su Tratado que "el falso testimonio exige, desde el punto de vista sustancial que la afirmación, la negativa o el silencio recaigan sobre un hecho, cuestión o materia comprendidos en el objeto de la deposición [...] o capaces de influir en la valoración de ellos por la autoridad" (Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal argentino. Parte especial*, t. VII, p. 167, Lerner, 1974, en igual sentido resulta especialmente pertinente la hipótesis hermenéutica propuesta por Berdichevsky, Adrián F., en *Falso testimonio e insignificancia: un acierto en casación*, Separata de Nueva Doctrina Penal B/1996).

Frente a lo expuesto, resulta claro que las manifestaciones del encausado, que surgen de las fotocopias certificadas obrantes a fs. 15/16 de la presente causa, sólo pueden llevar al a quo a investigar los extremos allí señalados, mas sirviendo aquéllas a los propósitos de una *notitia*

criminis, el juicio del órgano jurisdiccional deberá estar basado en las constancias que puedan ser colectadas en el sentido allí propuesto, pero no en las manifestaciones en sí, dado el carácter de éstas. En ese orden de ideas, cabe resaltar que el propio denunciante reconoce que no tiene “capacidad para certificar” esos datos.

De este modo, resulta pertinente realizar algunas precisiones respecto del supuesto previsto en el artículo 275, en cuanto se refiere al testigo que se expresare con falsedad. En lo concerniente, debe considerarse de un modo ajustado el concepto de declaración testimonial que enmarca el ilícito, en su carácter de medio de prueba. Soler ha señalado que este concepto “no se funda únicamente en la calidad de la persona (tercero llamado), sino además en el contenido de su manifestación” apoyando la interpretación que limita “el testimonio a las percepciones sensoriales” (Soler, Sebastián, *Derecho Penal*, t. V, ps. 95 y 297, Tea, 1992). A partir de lo expuesto, cabe entender que las manifestaciones vertidas en la oportunidad de ser citado a ratificar la denuncia efectuada no cumplen un rol probatorio, sino, como se ha sostenido precedentemente, responden a la inquietud de aportar datos que recíen a partir de ese acto habrán de comenzar a ser investigados.

CN Fed. CCor., sala II 16-5-2000, “A., M. J.”, L. L. 2001-C-640

Para que se configure el delito de falsa denuncia que consagra el artículo 245 del Código Penal es menester que la falsa denuncia de la comisión de un delito no contenga imputación concreta a persona determinada. Tal acción, otrora prevista por el derogado artículo 276 bis del mismo texto legal (ley 23.077), ha quedado ahora únicamente contemplada en el artículo 275 del Código Penal, constituyendo en consecuencia, el delito de falso testimonio.

En el caso del artículo 109 del Código Penal—cuando el bien jurídico protegido es el honor—no se requiere que la falsa imputación de un delito que de lugar a la acción pública se efectúe cumpliendo alguna formalidad legal, contrariamente al artículo 275 del mismo ordenamiento—que prevé un delito contra la administración de justicia—si debe efectuarla un testigo, esto es quien haya prestado juramento o promesa de decir verdad de todo lo que supiere o le fuere preguntado, y quien haya sido instruido de las penas en que incurrieren quienes se conducen con falsedad.

CCor. de San Martín, sala I, 7-10-93, “G., C. y otros”, L. L. B. A. 1994-115

La figura del artículo 245, que fuera incorporada por la ley 13.569 al Código Penal y cuya vigencia restableciera la ley 23.077, difiere sustancialmente de la redacción del artículo 276 ter introducido por la ley 17.567. En efecto, al reprimirse a quien "...ante la autoridad afirmar falsamente que se ha cometido un delito de acción pública, o simular los rastros de éste con el fin de inducir a la instrucción de un proceso para investigar", se sancionaba la falsa afirmación de que se había cometido un delito en realidad inexistente. No ocurre lo mismo con el texto actual de la ley. Denunciar mendazmente un delito sólo requiere conforme el sentido gramatical del texto que la denuncia sea "falsa". Esto ocurre "...cuando en el autor media el conocimiento—correspondido objetivamente—de que el delito que denuncia no ha existido o (cuando) ha existido con modalidades que cambian totalmente su especie y que el deforma al denunciar" (Núñez, *Derecho Penal*, t. VII, p. 52, citado por Carlos Creus, *Reformas al Código Penal. Parte especial*, p. 169—nota 433, Astrea, 1985—).

CN Fed. C. Corr., sala I, 9-6-88, "D., R.", L. L. 1988-E-352

Siguiendo el criterio sustentado por el doctor Odegero al resolver el 4 de julio de 1952 la causa "Locatelli, Dora"—L. L. 67-477—y el sostenido en el fallo plenario de la Cámara del Crimen "Bulog, J." del 27 de marzo de 1953 (L. L. 70-112), corresponde señalar que los delitos de calumnias y de falsa denuncia, tipificados en los artículos 109 y 245 del Código Penal, constituyen dos figuras penales diferentes e independientes la una de la otra, no mediando entre ellas relación de especialidad alguna.

El referido ex magistrado en los fallos mencionados ha manifestado: "...cierto es que ambas contienen ingredientes comunes, pero: a) la calumnia puede cometerse por cualquier medio, mientras que la falsa denuncia sólo puede cometerse mediante denuncia ante la autoridad competente; b) la falsa denuncia puede cometerse imputando el hecho a persona determinada o limitándose, simplemente a denunciar que un delito ha sido cometido, sin indicar a la persona del autor, mientras que la calumnia requiere, necesariamente, que exista imputación contra persona determinada. La existencia de una denuncia es, pues, requisito esencial para la configuración del delito de falsa denuncia, y no lo es para la del de calumnias; y la imputación contra persona determinada es requisito esencial para la configuración de este último delito, no siéndolo para la del primero..." Agregan-

do: "...esos delitos tienen elementos comunes, y además, elementos propios de cada uno de ellos, de donde resulta que, errando en un caso determinado se dan elementos comunes a la calumnia y a la falsa denuncia, más los elementos propios de estos dos delitos, nos encontramos frente a un caso típico de concurso ideal, por tratarse de un hecho único que infringe más de una norma penal, según lo expresa la disposición del artículo 54 del Código de fondo, cuyo efecto jurídico es la absorción *quod paenam* y no *quod delictum*, y por no mediar ninguna otra circunstancia legítima que determine la eliminación de una figura en beneficio de la otra..." (cfr. en igual sentido Fontán Balestra, ob. cit., p. 817).

En el supuesto aquí tratado se dan los elementos propios de cada una de las figuras en cuestión, de la calumnia: la imputación concreta; de la falsa denuncia: la realización ante autoridad; así nos encontramos frente a lo que sería una hipótesis de concurso ideal de delito. Ahora bien, al no haberse ejercido la acción privada por el delito previsto en el artículo 109 del Código de fondo y haberse querrellado por falsa denuncia, corresponde proseguir con la tramitación de estas actuaciones en orden a esa conducta delictiva.

CN Fed. CCort., sala II, 17-2-87, "S., A. y otro", L. L. 1987-D-532; D. J. 1987-2-1017

Los delitos de calumnia y falsa denuncia, involucrados en un hecho único, se excluyen recíprocamente. La figura del artículo 245 del Código Penal reclama que la denuncia del delito no contenga atribución del hecho a persona alguna, se trata de la simulación de un delito o la simulación de un delito sin imputación. Si el delito denunciado podría configurar una infracción al artículo 109 del Código Penal, debe ser perseguible por imputación del ofendido.

CNCCort., sala VII, 17-7-2003, "V. de C., B. y otros", c. 21.373, PJN Intranet

El delito de falsa denuncia requiere, como presupuesto típico, que no se trate de una atribución a persona determinada, ya que si ello se da, se podrá estar en un supuesto de calumnia judicial, incluida en el artículo 109 del Código Penal.

Son requisitos exigidos por el tipo penal la falsedad objetiva y la

subjetiva. La primera se da si el hecho que se dice sucedido no ha ocurrido, sea que no existe hecho alguno, o que el sucedido sea esencialmente diferente del denunciado o con circunstancias a las denunciadas. Existe falsedad subjetiva en la denuncia, si la denuncia objetiva falsa es hecha de mala fe.

Esto requiere que el autor tenga conciencia de la inexistencia del hecho denunciado o de las circunstancias denunciadas y la voluntad de denunciar pese a ello.

CNCCor., sala IV, 17-3-2003, "P., R. G.", c. 20.665, PJN Intra-net

Dado que el acta de la indagatoria no está destinada a probar la veracidad de lo dicho por el declarante, sino la autenticidad de que efectivamente se la celebró y de que éste dijo lo allí asentado, un particular no puede, en ese contexto, hacer insertar declaraciones falsas al funcionario autorizante. No incurrir, pues, en falsedad ideológica quien, junto con sus abogados, denuncia administrativamente al juez instructor aduciendo irregularidades en dicho acto.

No incurrir en el delito de falsedad ideológica la conducta de quien, junto con sus abogados, denunció administrativamente al juez instructor aduciendo irregularidades en la recepción de la declaración indagatoria, pues el escrito o presentación de la denuncia administrativa carece de todo signo de autenticidad oficial y sólo está destinado a contener una pretensión sancionatoria o dar noticia de una falta administrativa. La falsa denuncia tipificada penalmente es la de un delito y no la de faltas administrativas.

CNCCor., sala V, 24-8-99, "T., G. J.", L. L. 2000-C-337; FANA sept./2003

Configuró el delito de falsa denuncia y no el de falso testimonio la deposición en sede policial de la vicepresidente de una sociedad anónima y otro procesado, quienes denunciaron un robo a la empresa, falseando la verdad en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar, quantum y especie de los bienes sustraídos, pues no lo hicieron testimonialmente, sino por considerarse damnificados, la primera en representación de la empresa y el segundo a título personal.

CNCCor., sala V, 25-4-95, "V., M. T. y otros", J. A. 1996-IV; CD J. A.

En el tipo penal de falsa denuncia, lo que se castiga no es únicamente la falsa existencia del delito que se denuncia, sino que el precepto también atrapa aquellas conductas que consistan en el falseamiento consciente y voluntario de las circunstancias del hecho que hacen al contenido esencial de la denuncia que se formula y que anuncia en la normativa procesal aplicable.

CNCCorr., sala VI, 10-4-97, "M., E. H.", L. L. 1998-D-841

No constituye delito de falsa denuncia el denunciar falsamente el extravío de una chequera, desde que el hecho denunciado no constituye un delito.

CNCCorr., sala I, 30-7-93, "A., M. C.", L. L. 1994-A-458; D. J. 1994-I-726

Corresponde absolver al procesado del delito de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.), si sus expresiones falaces tendieron a ocultar su delito, pues así como nadie puede cometer falso testimonio en causa propia, razón por la cual correctamente se rechaza la aplicación del artículo 275 del Código Penal, tampoco puede encubrir sus propias infracciones, conforme a lo que surge del texto del artículo 277, Código citado.

CNCCorr., sala I, 13-5-86, "C., R. J.", D. J. 1987-I-870

La falsia, sobre meras circunstancias de tiempo y lugar, no hace a los efectos de determinar la configuración de falsa denuncia al aspecto ontológico del hecho denunciado, sino a meros accidentes, indiferentes, como tales, frente al tipo legal de aplicación. La denuncia es objetivamente falsa no sólo cuando el hecho que la sustenta es extraño a la realidad, sino además cuando la mendacidad es sólo parcial aunque en tal supuesto lo mentiroso ha de hacer necesariamente a la esencialidad del hecho denunciado.

CNCCorr., sala V, 25-4-78, "C., R. D.", J. A. 1978-IV-85

La figura penal prevista en el artículo 245 del Código Penal, requiere la denuncia de la comisión de un delito hecha falsamente a una autoridad pública, es decir, se exige objetivamente que exista una denuncia formalmente válida y formulada a la autoridad (conf. Núñez, *Derecho Penal argentino. Parte especial*, t. 7, p. 50). La presunción del procesado en un expediente civil manifestando falsamente la comisión de un delito de defraudación y/o estafa, solicitando la

subjetiva. La primera se da si el hecho que se dice sucedido no ha ocurrido, sea que no existe hecho alguno, o que el sucedido sea esencialmente diferente del denunciado o con circunstancias a las denunciadas. Existe falsedad subjetiva en la denuncia, si la denuncia objetiva falsa es hecha de mala fe.

Esto requiere que el autor tenga conciencia de la inexistencia del hecho denunciado o de las circunstancias denunciadas y la voluntad de denunciar pese a ello.

CNCCor., sala IV, 17-3-2003, "P. R. G.", c. 20.665, PJN Intra-net

Dado que el acta de la indagatoria no está destinada a probar la veracidad de lo dicho por el declarante, sino la autenticidad de que efectivamente se la celebró y de que éste dijo lo allí asentado, un particular no puede, en ese contexto, hacer insertar declaraciones falsas al funcionario autorizante. No incurrir, pues, en falsedad ideológica quien, junto con sus abogados, denuncia administrativamente al juez instructor aduciendo irregularidades en dicho acto.

No incurrir en el delito de falsedad ideológica la conducta de quien, junto con sus abogados, denunció administrativamente al juez instructor aduciendo irregularidades en la recepción de la declaración indagatoria, pues el escrito o presentación de la denuncia administrativa carece de todo signo de autenticidad oficial y sólo está destinado a contener una pretensión sancionatoria o dar noticia de una falta administrativa. La falsa denuncia tipificada penalmente es la de un delito y no la de faltas administrativas.

CNCCor., sala V, 24-8-99, "T. G. J.", L. L. 2000-C-337, FANA sept./2003

Configuró el delito de falsa denuncia y no el de falso testimonio la deposición en sede policial de la vicepresidente de una sociedad anónima y otro procesado, quienes denunciaron un robo a la empresa, falseando la verdad en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar, quantum y especie de los bienes sustraídos, pues no lo hicieron testimonialmente, sino por considerarse damnificados, la primera en representación de la empresa y el segundo a título personal.

CNCCor., sala V, 25-4-95, "V. M. T. y otros", J. A. 1996-IV, CD J. A.

En el tipo penal de falsa denuncia, lo que se castiga no es únicamente la falsa existencia del delito que se denuncia, sino que el precepto también atrapa aquellas conductas que consistan en el falseamiento consciente y voluntario de las circunstancias del hecho que hacen al contenido esencial de la denuncia que se formula y que anuncia en la normativa procesal aplicable.

CNCCorr., sala VI, 10-4-97, "M., E. H.", L. L. 1998-D-841

No constituye delito de falsa denuncia el denunciar falsamente el extravío de una chequera, desde que el hecho denunciado no constituye un delito.

CNCCorr., sala I, 30-7-93, "A., M. C.", L. L. 1994-A-458; D. J. 1994-I-726

Corresponde absolver al procesado del delito de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.), si sus expresiones falaces tendieron a ocultar su delito, pues así como nadie puede cometer falso testimonio en causa propia, razón por la cual correctamente se rechaza la aplicación del artículo 275 del Código Penal, tampoco puede encubrir sus propias infracciones, conforme a lo que surge del texto del artículo 277, Código citado.

CNCCorr., sala I, 13-5-86, "C., R. J.", D. J. 1987-I-870

La falsía, sobre meras circunstancias de tiempo y lugar, no hace a los efectos de determinar la configuración de falsa denuncia al aspecto ontológico del hecho denunciado, sino a meros accidentes, indiferentes, como tales, frente al tipo legal de aplicación. La denuncia es objetivamente falsa no sólo cuando el hecho que la sustenta es extraño a la realidad, sino además cuando la mendacidad es sólo parcial aunque en tal supuesto lo mentiroso ha de hacer necesariamente a la esencialidad del hecho denunciado.

CNCCorr., sala V, 25-4-78, "C., R. D.", J. A. 1978-IV-85

La figura penal prevista en el artículo 245 del Código Penal, requiere la denuncia de la comisión de un delito hecha falsamente a una autoridad pública, es decir, se exige objetivamente que exista una denuncia formalmente válida y formulada a la autoridad (conf. Nuñez, *Derecho Penal argentino. Parte especial*, t. 7, p. 50). La presentación del procesado en un expediente civil manifestando falsamente la comisión de un delito de defraudación y/o estafa, solicitando la

promoción de la correspondiente acción penal, no constituye, lo que la doctrina en general, sostiene respecto al concepto de denuncia. Para que ésta sea considerada tal, debe reunir los requisitos que la norma procesal dispone, y en este sentido, el CPP provincial establece normas precisas en relación a la denuncia. El procesado, en este caso, no es un denunciante, sino que ha anoticiado al señor juez civil y comercial de una supuesta conducta delictiva, no adquiriendo carácter y condición de denunciante, debido a que el magistrado (juez civil) no era la autoridad competente para recepcionar una denuncia formalmente válida. "Para determinar cual es la autoridad competente se ha de estar a la circunstancia de que el funcionario que recibe la denuncia tenga o no el deber de proceder a la investigación del hecho llevado a su conocimiento" (Fontán Balestra, *El delito de falsa denuncia*, p. 41). Y la legislación provincial dispone que "la denuncia puede hacerse verbalmente o por escrito, personalmente o por mandatario con poder especial, ante el juez competente, Ministerio Fiscal o los funcionarios de Policía". Por lo que es evidente que el juez en lo civil y comercial no es la "autoridad" que alude la ley sustantiva, aun cuando estén legalmente obligados a formular la denuncia cuando adquiera el conocimiento de la perpetración de un delito; pero en este caso, será el magistrado quien revise la condición de denunciante, y no la persona que le aportó la información.

CCCort. de Azul, 29-3-90, "P. C. V. s/Falsa denuncia", JUBA sept./2003

El tipo acuanado en la norma legal del artículo 245 del Código Penal, no deja lugar a dudas respecto de que la denuncia debe efectuarse ante la autoridad. Por ello, la naturaleza difamatoria o calumniosa de las expresiones recogidas periodísticamente es tema sobre el que no puede haber pronunciamiento judicial alguno si no se ha promovido la correspondiente querrela por los supuestos afectados. No se advierte la existencia misma del hecho que da sustento a la calificación legal del artículo 245 del Código Penal si no ha mediado denuncia —falsa o no— ante la autoridad y lo único que surge de la causa son las expresiones formuladas por el imputado en una conferencia de prensa, que fueron calificadas por el diario en el título de la noticia como denuncia periodística.

CCCort. de Pergamino, 26-1-95, "R., R. H. s/Recurso de hábeas corpus", JUBA sept./2003

El delito de falsa denuncia es instantáneo y se consumó, en el caso, con la mera presentación hecha por el procesado. Y si la estafa tuvo comienzo de ejecución con la denuncia formulada ante la compañía

IV. Consumación

CNCCor, sala VI, 24-7-81, "K., L. I.", BCNCYC 1981-VIII-169

No toda querrela que culmine con sobresesimiento definitivo puede ser entendida como constitutiva del delito de falsa denuncia (art. 276 bis, Cód. Pen.), pues este ilícito, por el particular espectro subjetivo determina que todo error, incluso el imputable a título de precipitación, excluye el saber que exige la configuración de aquel. Por otra parte, el sobresesimiento definitivo recaído en el caso en cuestión, fue por atipicidad de los hechos denunciados (art. 434, inc. 2º, Cód. Proced. Crim.), lo que también excluye, en principio, la configuración del delito de denuncia o acusación calumniosa.

SCJBA, 1-6-82, "D., C. A. y otro", D. J. B. A. 123-141

El delito de falsa denuncia desbaza, en razón de su especialidad, al de falsedad ideológica en instrumento público, no existiendo entre ambos posibilidad de concurrir idealmente, desde que denunciar falsamente un delito ante la autoridad, significa que el denunciante conocía de antemano la falsedad de su declaración y que ella sería único motivo de inserción en el documento público (específicamente denuncia), que labraría la autoridad policial.

III. Tipo subjetivo

1980-IV-294

CFed. de Resistencia, 20-12-79, "A., A. R. y otros", J. A.

Si bien los hechos denunciados por los imputados del delito de falsa denuncia que atribuyen responsabilidad a un funcionario público no fueron legalmente acreditados en la causa instruida para su dilucidación; de ello no se sigue, necesariamente, que tal presentación ante la justicia sea el producto de un falseamiento activo y doloso de lo ocurrido, pues los mismos, a través de los elementos de prueba con que se dispone para emitir un juicio definitivo a esta altura del proceso, ofrecen connotaciones de diversa significación en su legal meritación.

aseguradora, con el designio de cobrar el seguro, lo que ocurrió con posterioridad, en esas condiciones, la consumación del primer delito no importa comienzo de ejecución típica del segundo, debiéndose advertir que aunque media entre ambos ilícitos una relación de medio a fin, esta vinculación es insuficiente para tener por configurado un concurso ideal, pues es indudable que se trata de hechos perfectamente separables material y jurídicamente y, por tanto, delitos independientes en el sentido del artículo 55 del Código Penal.

CNCCorr., sala III, 10-4-79, "L. R., M. C.", BCNCYC 1979-IV-41, sum. 2174

El momento consumativo del delito de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.), se da cuando los hechos denunciados llegan a conocimiento de la autoridad.

CNFed.CCorr., sala II, 17-2-87, "S., A. y otro", L. L. 1987-D-532

V. Diferencia con las calumnias

Corresponde conceder recurso de casación aun cuando pueda discutirse la adecuación del agravio invocado—motivo sustancial o motivo formal—si se encuentra en juego el principio de *non bis in idem*, que preserva la cosa juzgada y es de jerarquía constitucional. La garantía del *non bis in idem* es la que protege a los individuos contra una doble persecución por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos que se puedan efectuar respecto de aquel—en el caso, se trataba de investigar a través de una calumnia lo que había sido desestimado como falsa denuncia—y no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también el sometimiento a juicio a quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho. Cabe confirmar la resolución que declaró la nulidad de un proceso llevado adelante por el delito de calumnias si resultó idéntico, en cuanto objeto y sujeto activo y pasivo con un proceso por falsa denuncia que fue desestimado, pues todo giró sobre los mismos hechos, existiendo cosa juzgada material respecto de los mismos con el primer pronunciamiento.

CNCas.Pen., sala I, 10-9-2001, "D. S., M. s/Rec. de casación", L. L. 2002-C-49, comentado por José María Orgeira, JUBA sept./2003

Los delitos de calumnia y falsa denuncia, involucrados en un hecho único, se excluyen recíprocamente.

CNCCorr., en pleno, 27-3-57, "B., J."

La figura exige que la falsa noticia de un delito no contenga imputación concreta a persona determinada, pues derogada la denuncia calumniosa por la ley 23.077, la imputación directa de un ilícito quedaría incluida en el artículo 109 del Código Penal, que es perseguible mediante acción privada, artículos 73, inciso 1º y 75 del Código Penal.

CNCCorr., sala IV, 31-3-98, "A., L. de J.", J. A. 2001-II, CD J. A.

Para configurar el delito de falsa denuncia previsto en el artículo 245 del Código Penal, es menester que aquella no contenga imputación concreta de delito respecto de una persona determinada. De lo contrario el hecho constituye el delito de calumnia, y toda vez que conforme a lo dispuesto por el artículo 73, inciso 2º, Código Penal se trata de un delito de acción privada, no puede perseguirse de oficio, sino que debe instarse la acción con las formalidades previstas en la ley.

CNCCorr., sala VI, 26-6-98, "G., G.", J. A. 2001-II, CD J. A.

Para que se configure el delito de falsa denuncia se requiere que en la "noticia *criminis*" realizada ante la autoridad, no se encuentren individualizados los presuntos autores, cómplices o encubridores, pues, en ese supuesto, de ser falsa la noticia ya no será una falsa denuncia, sino la falsa imputación de un delito de acción pública, es decir, una calumnia.

CNCCorr., sala IV, 3-2-2000, "G., G. M.", L. L. 2000-E-817 (en igual sentido: sala VI, 22-5-97, "Q. de I., M.", L. L. 1998-C-466; sala VI, 24-6-98, "V., M.", L. L. 1999-C); JUBA sept./2003

Para que se configure el delito de falsa denuncia que consagra el artículo 245 del Código Penal es menester que la falsa denuncia de la comisión de un delito no contenga imputación concreta a persona determinada. Tal acción, otrora prevista por el derogado artículo 276 bis del mismo texto legal (ley 23.077), ha quedado ahora únicamente

contemplada en el artículo 275 del Código Penal, constituyendo en consecuencia, el delito de falso testimonio.

CCor. de San Martín, sala I, 7-10-93, "G., C. y otros", L. L. B. A. 1994-115

VI. Concurso con otros delitos

Si la entrega de cheques que no podrían ser legalmente pagados (art. 302, inc. 2º, Cód. Pen.), no constituye un hecho único, por haberse formulado a su respecto una falsa denuncia de extravío, entre ambos ilícitos media una relación de conexidad (ap. b, art. 37, *in fine* del Cód. de Proc. Pen.). En ambos casos es inadmisibles la división de la contienda de la causa, cuyo conocimiento ha de atribuirse al juez que previno (art. 38 del citado Cód.), pues no se trata de uno de los supuestos de excepción contemplados en el párrafo final de esa regla ni en el artículo siguiente. A ello no obsta el hecho de que el competente sea el juez en lo Penal Económico, pues cualquiera de los fueros en conflicto carece en principio de jurisdicción respecto del delito que la ley atribuye al conocimiento del otro.

CSJN, 24-8-78, "H., R. F. y otra", Fallos: 300:983

Encuadra prima facie en el delito de estafa en grado de tentativa, en concurso real con el delito de falsa denuncia -artículos 172 y 245, Código Penal-, la acción desplegada por quien escondió en una cochera un automóvil de su propiedad y posteriormente denunció falsamente su sustracción e inmediatamente inició el reclamo correspondiente a su compañía de seguros para que se le pagara el siniestro.

CNCor. sala IV, 28-8-2002, "C., S.", FANA sept./2003

Constituye el ardid necesario para producir el tipo estatutorio en perjuicio de la aseguradora, la acción desplegada por el imputado, mediante la falsa denuncia de siniestro inexistente, simulando reparar el automotor con piezas de otros vehículos y justificándolo por medio de boletas falsificadas de su taller mecánico.

CNCor. sala VII, 2-2-98, "A., A. M.", J. A. 1998-IV

Una estafa puede cometerse mediante la maquinación de una falsa denuncia de hurto o robo, subsiguientemente a falsas notas fenoménicas que le prestan apoyo como parte de la *mise en scène*, o de otras

variadísimas formas. Ontológicamente no hay una dependencia que haga inseparables a la falsa denuncia de la estafa. Es por eso que cuando se recurre a la particular forma que utilizará el encausado se quebrantan las dos normas en la forma concursiva formal, sin lesión del principio *non bis in idem*.

C3°CCorr. de La Plata, sala III, 3-11-88, "S., E. E. s/Falsa denuncia y estafa en grado de tentativa en concurso ideal", JUBA sept./2003

USURPACIÓN DE AUTORIDAD (Art. 246, Cód. Pen.)

La figura penal acuada en el artículo 246, inciso 1° del Código Penal —usurpación de funciones públicas—, exige que el autor no sólo se atribuya una determinada calidad funcional, sino que también ejecute actos inherentes a la autoridad pública que pretende ejercer (voto del Dr. Trabant).

CNCas. Pen., sala III, 12-7-2002, "G., H. y otros s/Recurso de casación", c. 3574, reg. 378.023, PJN Intranet
Se citó: CNCas. Pen., sala III, 12-10-95, "Área Material de Córdoba s/Rec. de casación", c. 579, reg. 296.95; Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 240

La usurpación de autoridad encuadra en la figura de extorsión debido a que la simulación de ésta constituye uno de los elementos requeridos por el tipo penal descripto en el artículo 168 del Código Penal, extremo que excluye la posibilidad de concurso con la figura prevista por el artículo 246, inciso 1° del cuerpo legal citado.

CFed. de San Martín, sala I, 6-2-97, "T., M. G.", L. L. 1998-F-838

I. Comete el delito previsto en el artículo 246 del Código Penal, consistente en asumir y ejercer funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente y, ejercer actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial—en concurso ideal—quien sin ser abogado, ni siendo desig-nado oficial ad hoc se presentó ante el denunciante—que estaba tramitando un juicio de desalojo—como abogado, y luego de prome-terle en reiteradas oportunidades que conseguiría el desalojo, le informó que el juzgado había librado un mandamiento a tal efecto,

designándolo oficial ad hoc y con dicho documento—el cual presentaba los sellos de un juzgado y estaba firmado por un supuesto secretario—, se constituyó en el inmueble objeto de litigio donde el encausado le hizo entrega de la posesión, confeccionando en el anverso del documento, de su puño y letra la formalidad del acto, comprobando el denunciante luego que no existía resolución alguna por parte del juzgado interviniente que dispusiera el desalojo de la propiedad.

2. Los delitos previstos en los artículos 246, inciso 1º y 247 del Código Penal concurren materialmente con el de falsificación de documento público, pues el mandamiento apócrifo tiene ese carácter ya que debía emanar de un Juzgado Civil y para ello se asentó la rubrica apócrifa de un supuesto secretario judicial—funcionario público autorizado al efecto—, al igual que el presunto sello del juzgado interviniente

CNCCor., sala VI, 29-8-2003, “Z., M. A. de F. y otros”, L. L. del 4-5-2004, p. 7

Quien invoca falsamente ser policía y además ejecuta actos funcionales de dicho cargo al haber participado en un procedimiento policial y aprehender a personas, resulta responsable del delito de usurpación de autoridad previsto en el artículo 246, inciso 1º del Código Penal.

CNCCor., sala IV, 24-2-2000, “M., G. A.”, c. 12.846, PJN Intranet

Corresponde procesar en orden a los delitos de usurpación de autoridad en concurso ideal con uso de documento público falso, la conducta de los imputados que haciéndose pasar por inspectores municipales ejercieron actos simulando un cargo que no detenían y utilizaron credenciales falsificadas, con pleno conocimiento de que tal documentación exhibía un dato que no correspondía con la realidad.

CNCCor., sala IV, 15-10-98, “L., J. y otros”, J. A. 2001-II, CD J. A.

No encuadra en ninguna de las hipótesis punibles de los artículos 246 y 247, Código Penal, la conducta del imputado que para evitar el pago de un viaje en subterráneo, exhibió fugazmente un burdo remedo de credencial policial.

La evidente inidoneidad del material incautado, torna al accionar

atípico, pues no ha ejercido función pública ni ha ostentado insignias o distintivos, ni se ha arrogado títulos u honores a los que fuese ajeno. CNCCorr., sala V, 12-3-97, "M., H. R.", c. 6148, P/JN Intranet

El delito de usurpación de autoridad reclama la "asunción" o el "ejercicio" de una función pública y no la simple invocación de ella. CNCCorr., sala V, 27-2-81, "C., D. S.", J. A. 1981-III-63

Configura el delito de usurpación de autoridad (art. 246, inc. 1º, Cód. Pen.), la conducta de quienes mediante la exhibición de un carnet simulado que los acreditaba como policías, ingresaron a un hotel, requiriendo los libros del establecimiento y la documentación personal de uno de los clientes que se alojaban 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 identificación a una persona hospedada.

No es óbice para la configuración del delito de usurpación de autoridad, la circunstancia de que el destinatario no haya creído o haya tenido dudas sobre la calidad de policías que invocaron en calidad y revisaron los registros del hotel, porque hubo otros sujetos que pudieron no dudar, y en general porque se trata de un delito contra la "administración pública".

CNCCorr., sala I, 28-9-79, "H., O.", BCNCyC 1980-III-57

USURPACIÓN DE TÍTULOS (Art. 247, Cód. Pen.)

I. Bien jurídico protegido

El bien jurídico principalmente protegido en el delito de usurpación de títulos es el buen funcionamiento de la administración pública, la autoridad estatal para otorgar facultades a determinadas personas y distinguir esteras de competencia, fundándose en la necesidad del Estado de proteger el ejercicio regular de algunas profesiones que, por su importancia, requieran una habilitación especial (del voto en disidencia del Dr. Hornos).

CNCCorr., sala IV, 7-9-99, "W., E. y otro", J. A. 2000-III-745; CD J. A.

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 descrito en el artículo 247, Código Penal, exige necesariamente que la falsa 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, 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.

CNCCor., sala VI, 9-12-97, "M., C.", CD J. A.

II. Tipo objetivo

Resulta atípica la conducta del imputado si a la fecha en que aceptó el cargo de perito en balística en una causa penal, dicha actividad no estaba reglamentada, sin perjuicio de que existieran carreras que capitan en esa profesión. Asimismo, dados los antecedentes específicos en la materia del imputado, no puede dudarse de que estaba habilitado a practicar la peritación, más aun cuando su informe no fue desconocido en su poder de convicción por el magistrado solicitante, ni se ha demostrado que hubiera puesto en juego la correcta administración de justicia, con lo cual el bien jurídico tutelado en la norma del artículo 247 del Código Penal –usurpación de títulos y honores–, no se ha visto afectado.

La inscripción o exclusión en alguna lista de cámara no es un requisito contemplado en el tipo penal establecido en el artículo 247, primera parte del Código Penal, máxime cuando en este caso no regían esas listas.

Quando la redacción del artículo 247 del Código Penal, hace alusión al que "públicamente llevar" tal publicidad se refiere a aquella que trasciende de lo privado, consumándose el delito con la sola exhibición de una credencial. En este mismo sentido, el que obra con una determinada calidad sin poseerla, se arroga tal calidad, más aun si se invoca un título y se exteriorizan conductas que lo implican. Así, debe calificarse la conducta como constitutiva del delito previsto por el artículo 247 del Código Penal de quien se identifica como personal de inteligencia de la Fuerza Aérea y que trabajando en la vía pública exhibe credenciales suyas, verdaderas, pero respecto de un cargo del que fue dado de baja cinco años antes.

CNFed.CC.Corr., sala II, 8-10-2002, "L., A. s/Usurpación de títulos y honores", PJN Intranet

El comportamiento típico del artículo 247 del Código Penal (t. o. por ley 24.257), "afectaría la facultad privativa del Estado de expedir títulos habilitantes conforme las previsiones de cada profesión, las cuales son enumeradas por éste" (Donna, Edgardo A., *Delitos contra la administración pública*, p. 151, Rubinzal-Culzoni). Para el desempeño profesional es necesario contar con título reconocido oficialmente y habilitado con validez nacional por parte del Ministerio de Educación de la Nación, de acuerdo a los estudios que se desarrollan dentro del Régimen de Educación Superior Universitaria fijado por ley 24.521, sancionada el 20 de julio de 1995.

CNFed.CC.Corr., sala I, 16-8-2001, "L., R. J. s/Usurpación de título", PJN Intranet

Arrogarse un título no implica meramente su ostentación pues se trata de un delito formal, y resulta indiferente el propósito o el lucro obtenido, pues el elemento del delito de usurpación de título está dado por la gestión de atribuirse el agente un título profesional que no tiene.

Si se encuentra comprobado que la encausada se introdujo careciendo del título profesional que dijera tener en un programa televisivo, y se desprende de su comportamiento de manera por demás clara que se comportara como médica gastroenteróloga especializada en Francia y en Brasil, como fuera presentada sin que en ningún momento lo negara y suministró explicaciones vinculadas con la ulcera, respondió llamadas de los televidentes que le plantearan sus

problemas en torno a esa afección, dio explicaciones sobre ella e hizo gala de su especialidad, aun cuando puede haber sido factible que las intenciones de la periodista no hayan sido malas, actuó en forma totalmente equivocada.

La prevenida no es un agente encubierto que se introduce en el mundo del delito como delincente para pasar desapercibido y lograr sus fines, pues no obstante el periodismo es una profesión de gran importancia, no al punto de tener que asumir por un medio como la televisión una profesión que no posee y dar consejos a pacientes a quienes como demostración de su capacidad clínica les diera una perorata sobre la úlcera, atendió sus consultas y les recomendó el consumo de determinados alimentos.

Por tanto corresponde revocar el auto que sobreesayó a la imputada en orden al delito de ejercicio ilegal de la medicina y confirmar su procesamiento por considerarla prima facie autora penalmente responsable del delito previsto por el artículo 247, párrafo segundo del Código Penal.

CNCContr., sala VII, 19-11-2003, "G., S. y otros", c. 22.756, P.JN Intranet

Si el imputado no ha asumido o ejercido ninguna función de carácter público, en el sentido de expresión de la voluntad del Estado, no se vislumbra los presupuestos de la figura legal del artículo 246, inciso 1º del Código Penal.

No obstante aquel posea el título de abogado y se le endilgue en la denuncia haber intervenido en las actuaciones judiciales pese a estar suspendido por el Colegio Público de Abogados, según los términos del artículo 53, de la ley 23.187, esta conducta carece de significación jurídico-penal, toda vez que el tipo del artículo 247 del Código Penal, que por principio de especificidad resulta aplicable al caso, no sanciona la carencia de colegiación para el ejercicio de la profesión de abogado en un determinado territorio. Ello, en todo caso, constituiría una falta que perturba los reglamentos de las asociaciones profesionales respectivas.

CNCContr., sala VI, 29-5-2003, "C., N. P.", c. 21.278, P.JN Intranet

Si el imputado, sin poseer el título habilitante ejerció la medicina al arrogarse para sí el título profesional de otra persona y simuló ser

dicho facultativo, ante las empresas de medicina prepagas y pacientes que contrataron sus servicios como profesional, y utilizó para desplegar la maniobra ardidosa la documentación personal que le fue aportada voluntariamente por aquel, la que habría adulterado en gran parte para ocultar su verdadera identidad y su inhabilidad como profesional, debe confirmarse la resolución que decretó el procesoamiento del incurso en orden al delito de estafa, en concurso real de delitos, con ejercicio ilegal de la medicina, usurpación de títulos y honores y falsificación material de documentos públicos (arts. 45, 55, 172, 208, inc. 1º, 247, primer párrafo y 292, primer párrafo del Cód. Pen. y 306 del CPPN).

Ello, en cuanto el imputado, sin estar capacitado profesionalmente y sin contar con la experiencia adquirida, habría desplegado dicha actividad al indicar tratamientos médicos a los pacientes que contrataron en base a su condición de profesional y en virtud de ello abonaron sus honorarios con el consecuente perjuicio patrimonial, al igual que lo hicieron las numerosas empresas de medicina prepagas.

CNCCor., sala I, 18-2-2003, "M., O. A.", c. 19.932, PJN Intranet

El simple hecho de anunciarse como funcionario público para lograr la comparecencia de su ex pareja, no alcanza para configurar el delito de usurpación de títulos y honores puesto que el imputado no exteriorizó actos propios del cargo que alegó, no siendo suficiente la mera invocación de una función para la tipificación del delito.

CNCCor., sala I, 18-5-2001, "G., R. A.", CD J. A.

Queda probada la comisión del delito de usurpación de títulos y honores con el secuestro de una gran cantidad de tarjetas personales con números de matrícula falsos, recetarios, sellos fraguados y el autoadhesivo con la clásica cruz verde, que se hallaba pegado en el parabrisas del automóvil del acusado.

CNCCor., sala I, 21-12-94, "R. R., J.", L. L. 1996-A-770

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, ésta sería la calidad mentida, propia de la estafa, a que alude el artículo 172 del Código Penal.

CNCCor., sala IV, 20-2-95, "G., C. A.", CD J. A.

Siendo el delito de usurpación de títulos de carácter permanente, no puede mediar en la especie reiteración delictiva.

CNCCor., sala I, 28-7-81, "G., R. R.", BCNCGC 1981-VIII-177

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 de Procedimiento Penal puesto que un "auxiliar de comercio" pueda titularse "contador" en las 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.

CNCCor., sala V, 3-9-81, "R., V. D.", BCNCGC 1981-X-235

Comete el delito de ejercicio ilegal de la medicina en concurso ideal con usurpación de títulos, quien invoca falsamente su condición de psicóloga y encara en forma organizada y publicitada la atención de pacientes con problemas sexuales, en actividad que conspira contra la seguridad y salud pública al no responder a las experiencias o descubrimientos de la ciencia médica y afines. La ley 17.132 y el decreto 6216/67, reglamentan la profesión de psicólogo, lo que hace pasible a esos profesionales de las responsabilidades que establecen sus disposiciones y lo que los obliga a ajustar sus actividades a sus límites.

CNCCor., sala V, 6-6-78, "F., A. C. y otros", L. L. 1979-C-591

Si la prueba acredita el ejercicio ilegal del arte de curar por parte del acusado, la ostentación del título no constituye sino el medio de practicar la acción legal antes referida, descartando la existencia de la usurpación prevista por el artículo 247 del Código Penal.

C3ºCCor. de La Plata, sala I, 29-11-56, "P., R. s/Ejercicio ilegal de la medicina", JUBA sept./2003

III. Querellante

Para poder actuar como querellante en un proceso penal es condición necesaria la de ser directamente "ofendido" por el hecho contenido en la imputación o, en ciertos casos, ser representante o heredero del

El tipo previsto en el artículo 248 del Código Penal "no trata de la

I. Requisitos generales

II. Tipo objetivo

La figura de abuso de autoridad requiere, para su existencia, que las resoluciones u órdenes sean dictadas en contra de la Constitución y las leyes. El artículo pune a aquellos funcionarios que actúan cuando la ley no les permite hacerlo, o, cuando no actúan estando obligados a hacerlo. El delito requiere que la acción se lleve a cabo a sabiendas de la contrariedad, es decir, con el fin específico de violarlas y el tipo de la contrariedad, como bien jurídico, la administración pública; prote-ge, así, la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, los cuales pueden verse comprometidos por el o los actos arbitrarios, por fuera de su competencia, realizados por el funcionario público.

CNCCorr., sala V, 14-7-2003, "F. M., J. C. y otros", c. 22.002, P.JN Intranet

I. Concepto y bien jurídico

ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

(Art. 248, Cód. Pen.)

CNCas. Pen., sala IV, 7-9-99, "W., E. y o.", J. A. 2000; FANA sept./2003

mismo; lo que implica ser sujeto pasivo del delito, es decir, titular del bien jurídico tutelado por la norma penal que aparece violado por el supuesto hecho delictuoso, motivo del proceso. La tarea de vigilancia y control que el artículo 21, inciso b, ley 23.187 asigna al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no lo habilita para asumir legítima-ción activa como querrelante en la causa en que se investiga el delito de usurpación de títulos y honores por quien carece de habilitación para el desempeño de la abogacía y hasta de título habilitante. El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se encuentra legitimado para intervenir como querrelante en la investigación ende-rezada a establecer si el imputado ha usurpado el título de abogado (del voto en disidencia del Dr. Hornos).

aplicación incorrecta de la ley por una viciosa interpretación de ella". Así, resulta atípica la conducta consistente en el dictado y cumplimiento de una disposición que no resulte una manifestación opuesta con preceptos claros y terminantes contenidos en las leyes.

CNFed.CCorr., sala I, 10-8-2001, "F., G.", c. 17.937, BCFed.CCorr., WebRubinzal penal.6.3.2.2.1

Sólo comete "abuso de autoridad" el funcionario que actúa dentro de la esfera de su propia autoridad. Es presupuesto inexcusable de este delito tener autoridad, para ser susceptible de abusar de ella. Asimismo, es preciso que el funcionario dicte resoluciones y órdenes contrarias a las Constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecute las órdenes o resoluciones cuyo cumplimiento incumbiese.

JEMF de La Plata, 1-9-94, "M., O.", RSD-884-93, juez Itoiz (SD) (JUBA)

El abuso de autoridad es el uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica; en el caso, omitió el cumplimiento de sus deberes de funcionario público ayudando con su proceder, a que sujetos presuntamente implicados en los sucesos, eludieran la investigación; ese accionar contribuyó a la pérdida de rastros, pruebas e instrumentos del delito.

JEMF de La Plata, 12-5-98, "V., A. R.", RSD-1142-95, juez Gatti (SD) (JUBA)

El prevencato (arts. 269, primer apartado del Cód. Pen. y 20, inc. k, ley 8085) se configura en tanto se acoge la reposición sin que se hubiera argüido por el recurrente la existencia de algún error de juicio con que se hubieren aportado nuevos elementos o argumentos susceptibles de llevar al ánimo del juzgador el convencimiento de la justicia y legalidad de la decisión que adoptara. El abuso de autoridad (arts. 248, Cód. Pen. y 20, inc. e, Ley de Enjuiciamiento), por ser el acto sustancialmente improcedente y tal improcedencia obviamente conocida por el autor del ilícito.

JEMF de La Plata, 17-12-98, "A., E. E.", RSD-1537-97, juez Bouzat (SD) (JUBA)

2. *Ilegitimidad del acto*

La figura del artículo 248 del Código Penal requiere, para su existen-

3. *Definición de "ley"*

cia, que las resoluciones u órdenes desobedecidas sean dictadas en contra de la Constitución Nacional y las leyes y que la acción se lleve a cabo a sabiendas de la contrariedad, es decir, con el fin específico de violarlas. No se configura el tipo penal de abuso de autoridad si las funciones denunciables han actuado en el marco de sus funciones y en virtud de la obligación legal que sobre ellas pesa y las decisiones que cada una han adoptado lo han sido en atención a sus respectivos cargos –y que pudieron haber sido adversas para quien se quereña–.

CNCCorr., sala V, 15-11-2002, "M., M. C. y otros", c. 17.714, P.J.N. Intranet

Han sido diversas las opiniones sustentadas por los distintos autores en relación al alcance que debe otorgarse al vocablo "ley" cuyo incumplimiento exige el tipo previsto en el artículo 248 del Código Penal. Así, para algunos debe entenderse ley en sentido formal, y para otros la acepción "ley" resulta comprensiva –además– de las reglamentaciones y ordenanzas municipales. Tales divergencias doctrinarias permiten concluir, en suma, que este asunto es doctrinariamente opinable pero que, de modo alguno, la solución a la que en definitiva arriba la Cámara roza cuestión constitucional que autorice su revisión ante la Corte provincial, desde que no se vislumbra que en modo alguno el tribunal haya superado las posibilidades exegéticas aceptables desde el plano constitucional que ofrecía la norma en cuestión.

CSJ de Santa Fe, 26-12-96, "C., R. A.", CD J. A.

No encuadra en el delito de abuso de autoridad previsto por el artículo 248 del Código Penal la conducta de aquel empleado público que se aparta de lo preceptuado por un decreto reglamentario de una ley –en el caso, el decreto 3946 que reglamenta la ley 19.373– pues aquel delito se comete a través de uno de los actos que la norma penal indica y se concreta en la violación, ya sea por acción u omisión de la Constitución o la ley, entendiéndose por ley la norma jurídica que emite el órgano legislativo, no gozando de tal calidad los decretos reglamentarios.

CNCas.Pen., sala II, 26-11-2001, "F., H. A.", L. L. 2002-E-856; CD L. L.

La disposición del artículo 248 del Código Penal se limita a las

Constituciones y leyes, no comprendiendo reglamentos, decretos u ordenanzas.

CNCas.Pen., sala II, 26-11-2001, "F., H. A. s/Recurso de casación", c. 3517, PJN Intranet

Mediante la figura del artículo 248 del Código Penal—incumplimiento de los deberes de funcionario público—se intenta proteger la ejecución de leyes cuya obligatoriedad es impuesta al conjunto de los agentes de la administración pública en general, sobre los que deban regir, mas no el incumplimiento de órdenes particulares—en el caso, judiciales—dirigidas a una persona determinada.

CNFed.CCorr., sala II, 13-8-98, "C., O. H.", CD J. A.

III. Tipo subjetivo

1. No existe incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del Cód. Pen.) por parte del gobernador que no llamó a elecciones para cubrir el cargo de intendente de una localidad dentro del plazo de sesenta (60) días de producida la acfalia por el fallecimiento de quien ejercía tal función, contraviniendo—presuntamente—lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la ley 201, pues ningún elemento hay para concluir que existió una omisión voluntaria de cumplir la ley o de oponerse a ésta. Y es que, en realidad, no basta para subsumir la acción en la figura analizada que se hubiera actuado en virtud de una equivocada interpretación legal.

En los autos "G." y "M., H. s/Dcia. s/Falsificación de instrumento público"—expediente 305/99 SR del 26-8-99, Libro V, fs. 463/474—este tribunal tuvo oportunidad de recordar los requisitos exigidos por el tipo legal indicado: "«El tipo objetivo de abuso de autoridad está compuesto por una resolución dictada por un funcionario público que sea contraria a una ley. Pero es necesario además para poder afirmar la tipicidad, que el encuadre objetivo se complete con la presencia del dolo, esto es, que el funcionario público haya tenido conocimiento y voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. El artículo 248 sólo alcanza al funcionario público 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 o las leyes cuyo guardarían celoso debiera ser»" (CNFed.CCorr., sala II, "E., J. A." del 10-7-87, Informa-

tica Jurídica, documento 190.848; magistrados Valerga Araoz, D'Alessio, Cattani). Por ello, el error de derecho tiene, en el ámbito normativo del artículo 248 del Código Penal, el mismo efecto que el de hecho; el funcionario que se equivoca, sea cual sea la fuente de su error, no comete abuso, ya que aun cuando pueda afirmarse que en ese acto hay error, no podrá decirse que hay falsedad, mentira y, en consecuencia, malicia (conf. CCrim. de Concordia, O., L. A. y otros' del 29-5-78, Base de datos LEXCO). Resultan esclarecedoras las enseñanzas del maestro Ricardo C. Núñez. Tras establecer las características objetivas y subjetivas del delito en trato, rememora: 'La malicia del funcionario es, por lo tanto, inherente al dolo propio del abuso de autoridad [...] Se trata de la consumación maliciosa, vale decir, a sabiendas, de la contrariedad del acto o de la omisión con la Constitución o la Ley, de uno de los tres hechos previstos por el artículo 248. Por grave que sea la ignorancia, el error o la negligencia del funcionario, que lo lleve a incurrir objetivamente en alguno de los hechos definidos por ese artículo, su buena fe excluye el tipo del abuso de autoridad, porque la malicia es un elemento inherente a cualquier tipo de abuso. Este no consiste en la simple extralimitación objetiva en algo, sino, además, en la extralimitación subjetiva. Aquí salva la ignorancia o el error sobre el derecho, incluso sobre la existencia o el contenido del precepto penal' (Núñez, ob. cit., ps. 76/77). Un antiguo fallo recoge este criterio al sostener que no constituye delito si el acto cuestionado es la consecuencia de un error de interpretación por parte del funcionario, no obstante las sanciones de otra naturaleza que pueda merecer (CCCorr., J. A. 22-553, citado por Vázquez Irzubieta, Carlos, *Código Penal comentado*, t. IV, Plus Ultra, 1971, ps. 426/427). Queda claro entonces, que la figura del artículo 248 del Código Penal no se agota con la concurrencia objetiva de los elementos que dan forma a la conducta descripta, es decir, con el dictado de resoluciones que se contraponen con normas constitucionales o legales o con el mero incumplimiento de disposiciones de tal carácter pues, de lo contrario, bastaría ese solo hecho para la imposición de la pena allí prevista y cualquier error de interpretación que tuviera un funcionario acerca de las reglas que rigen su actuación constituiría delito" (del voto del Dr. Carlos Ernesto Andino, en coincidencia con la mayoría).

A estas consideraciones corresponde agregar que la doctrina más moderna concuerda en que esta figura no exige un elemento subjetivo

extraño al dolo ("una determinada forma de malicia" de la que nos hablan los antiguos autores, conf. Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, t. II, Astrea, p. 261). Antes bien, aun con cierta imprecisión en la doctrina citada ut supra en el uso del vocablo "malicia", de lo que se trata es de que el autor, conociendo el mandato legal, tome la decisión de no aplicar dicha norma o retardar indebidamente su cumplimiento (recuérdese que en nuestro caso las elecciones ya se efectuaron), "prescindiendo de ella como si no existiera" (Creus, ob. cit., p. 258), lo que no es otra cosa que la definición de "dolo", es decir, que el autor hubiera tenido conocimiento y voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo (conf. Bacigalupo, ob. y p. cit.) (del voto del Dr. Carlos Ernesto Andino, en coincidencia con la mayoría).

2. Debe descartarse la presunta comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del Cód. Pen.) por parte del gobernador que no llamó a elecciones para cubrir el cargo de intendente de una localidad dentro del plazo de sesenta (60) días de producida la acefalía por el fallecimiento de quien ejercía tal función, aunque, a criterio del recurrente, dicha obligación surge de lo normado por los artículos 135, inciso 13, de la Constitución Provincial y 49 y 50 de la ley provincial 201 (Régimen electoral de la Provincia) (del voto del Dr. Omar A. Carranza, en coincidencia con la mayoría).

Aun cuando se sostenga que eran de aplicación al caso los artículos 49 y 50 de la ley 201, la conclusión de que ello no es bastante para endilgar la comisión de un delito al gobernador no resulta absurda ni antojadiza. Las pruebas reunidas, especialmente la demanda de declaración de certeza, dan cuenta de una distinta interpretación por parte del Poder Ejecutivo Provincial de las normas en juego, la que —correcta o incorrecta— conforme la opinión del juzgador impide sostener que se opuso con conocimiento y voluntad a la manda legal (del voto del Dr. Omar A. Carranza, en coincidencia con la mayoría).

STJ de Ushuaia, 26-2-91, "Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia s/Dcia.", expte. 416/00, WebKubinzal penal6.7.2.1.r1

Corresponde confirmar el procesamiento de la imputada en orden al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público si, en su función de asesora legal, omitió la agregación de un acta a un expediente, lo que obstruyó el curso que éste debió haber tomado.

Aun en la hipótesis de que los superiores jerárquicos de la imputada le hubieran dado la orden de no incorporar el acta al sumario que correspondía, ello más que un obrar en virtud de la obediencia debida, aparece como una omisión, a sabiendas, de cumplir con sus funciones, y permite presumir el conocimiento de la imputada de que la no agregación del acta era contrario a un deber que le correspondía; con lo que el conocimiento y la voluntad al momento de la conducta, aparecen acreditados y exceden la mera violación a un deber objetivo de cuidado.

CNCCor., sala I, 14-2-2003, "D. L. R., F. y otros", PJN Intranet

El delito de violación de los deberes de funcionario público es doloso y exige que el funcionario conozca efectivamente que el acto que está realizando es ilegítimo. El incumplimiento debe referirse a los actos de función y no a los actos que el funcionario debe realizar personalmente para cumplirlos. Asimismo, la omisión debe ser ilegítima y maliciosa.

CFed. de Córdoba, sala A, 28-11-95, "B., J. E.", L. L. C. 1996-915; CD L. L.

"Para la configuración del artículo 248 del Código Penal se necesita que el funcionario actúe dolosamente. Así en las formas de actividad y en un aspecto cognoscitivo, reclama el conocimiento de que la orden o la resolución decretada se oponga a la ley vigente [...] En el aspecto volitivo el tipo penal reclama la intención de oponerse a la ley, de desconocerla..."

Capel. de Trelew, 9-11-2000, "I., R., C.", CD J. A.

Se hace lo contrario a la ley cuando se secuestran libros y papeles siendo de toda evidencia que esto no es necesario para el resultado del sumario - artículo 201, CPP-. Esa conducta va más allá de lo incorrecto, arbitrario e improcedente; del análisis del delito de abuso de autoridad, surge que en el abuso hay *fraudem legis*, falsedad consciente y ello es lo que resulta de todas las maniobras y simulaciones mencionadas, que descartan la posibilidad de error no culpable (voto juez Corina [SD]).

El abuso de autoridad presenta la doble forma del ejercicio de una facultad que se sabe inexistente como tal y del ejercicio de una facultad inexistente en condiciones conocidamente falsas [...] en un caso se

afirma y ejerce un poder que se sabe ilegal; en el otro, se afirman o suponen hechos que se saben falsos como condiciones del acto de autoridad [...] y esta última es la forma más perniciosa de abuso de poder, porque éste se ejerce dentro de la esfera que la ley, como principio abstracto, debe dejar librado a la conciencia y honestidad de los funcionarios, los cuales guardan la apariencia de la legalidad para traicionar a la ley en su sustancia (voto juez Oliver [SD]).

JEMF de La Plata, 23-3-98, "S., O.", RSD-422-97 (UBA)

IV. Supuestos en particular

Cometen el delito de abuso de autoridad aquellos policías que, comisionados a un negocio que había sido robado con anterioridad y rota su vidriera, aprovecharon esa situación y hurtaron mercaderías de su interior pues, pese a que el artículo 324 del Código Procesal Penal imponía a aquellos poner a debido resguardo los objetos que encontraron al llegar e iniciar las actuaciones de rigor, su obligación no sólo fue omitida por los imputados sino que, además, fue sustituida por el liso y llano desapoderamiento de los efectos en su provecho particular.

TSJ de Córdoba, Sala Penal, 10-5-2001, "C., E. F. y otros", L. L. C. 2001-1283; CD L. L.

El director de un hospital público que denuncia la comisión de un delito de aborto llegado a su conocimiento por vía de su actividad administrativa no comete el delito de revelación de secretos ni incumplimiento de los deberes del funcionario público, toda vez que se trata de una clara situación de observancia de un deber jurídico derivado de esa condición. Sostener lo contrario implicaría desconocer el texto del artículo 287 del CPP y sellar la suerte adversa de toda investigación cuyo punto de contacto fuera el servicio de salud.

Trib. Cas. Pen., sala I, 26-11-2002, "M., P.", P 6193, RSD-717-2, juez Sal Llargués (SD). En el mismo sentido: sala I, 26-11-2002, P 6353, RSD-717-2, juez Sal Llargués (SD) (UBA)

El artículo 34 de la ley 21.526 faculta en un sentido positivo, es decir, de hacer, de obrar. No se entiende cómo la norma que pueda estar dirigida a entidades que estén incursas en las situaciones que describen sus incisos, que prevean diligencias tendientes a limitar la activi-

dad de un banco a través de veedores con facultad de veto a efectuar exigencias en cuanto a garantías, e incluso a prohibir el reparto de utilidades, y al mismo tiempo interpretar que aunque incumpla todas las exigencias que se le imponen, la facultad no se utiliza para revocar la autorización para funcionar sino que por el contrario pueda emplearse para, sin riesgo de caer en lo temerario, no hacer absolutamente nada. Así, quedan reunidos los elementos típicos del artículo 248 del Código Penal si se omite la actividad que las leyes de policía financiera imponen, tal como la revocación de la autorización para funcionar o efectuar una intimación para el saneamiento (art. 34, párr. 2º de la ley 21.526) en el momento en el que se encontraban reunidos todos los requisitos para su aplicación.

CNFed.CCort., sala I, 7-7-2000, "P. P.", c. 31.005, reg. 635, J. 5
- S. 10, BCNFed.CCort., WebRubinzal penal6.7.1.3.r1

No es posible separar los actos que pueden ser revisados judicialmente y los excluidos de dicha potestad, basándose en la controversia distinguida entre los actos discrecionales o de gobierno o políticos y los actos administrativos propiamente dichos. En primer lugar porque tales conceptualizaciones implicarían tanto como consagrar un ámbito fuera del Estado de Derecho, ajeno al principio de legalidad, destinado a amparar las determinaciones, en este caso del Banco Central de la República Argentina, y también a las consecuencias que resulten de esos actos, en claro perjuicio de los derechos individuales, dado que quedarían desprotegidos como consecuencia de un indebido detrimento del ejercicio de control de constitucionalidad que está en cabeza del Poder Judicial. Tampoco existe función administrativa por encima o fuera del orden jurídico, dado que esta sometida al Derecho que debe admitirla y darle cobertura legal suficiente.

Así ocurre cuando se pretende anteponer una cuestión o materia política al investigar la presunta existencia de hechos delictivos en el ejercicio de la función pública y lesionantes de bienes jurídicos que deben ser objeto de protección judicial como lo investigado en el caso. Aquí se atribuye a funcionarios públicos el haber retardado actos propios de sus funciones y no haber adoptado, en tiempo oportuno, resoluciones y temperamentos facultados por la ley, en salvaguarda del correcto funcionamiento del sistema bancario nacional y del patrimonio de los ahorristas. Así se hubiera sometido a

mayores controles y restricciones y suspendido preventivamente a una entidad financiera en razón de la situación anómala que ésta venía registrando en forma progresiva o, la intervención de dichos funcionarios en el dictado de una resolución por medio de la cual se aprueba una transferencia parcial de determinados activos y pasivos de una entidad financiera.

CNFed.CCort., sala I, 7-7-2000, "P., P.", c. 31.005, reg. 635, J. 5 - S. 10, BCNFed.CCort., WebRubinzal penal6.7.1.2.r1

Quien encontrándose a cargo de una unidad de inteligencia de una Fuerza Armada ordena la redacción de un proyecto de orden de información, la que para ser confeccionada requirió como mínimo tareas de inteligencia sobre la identidad de periodistas a investigar, sus nombres y apellidos y el medio al que pertenecían, ha efectuado una investigación vedada por la ley de aplicación, incurriendo en el delito de abuso de autoridad.

CNFed.CCort., sala I, 14-9-2000, "V. P., J.", c. 31.886, reg. 799, J. 5 - S. 9, BCNFed.CCort., WebRubinzal penal 6.3.1.1.r1

La transgresión a normas internas del Banco de la Nación Argentina y del Banco Central de la República Argentina por parte de un funcionario de la entidad citada en primer término tales como las referidas a la clasificación de una empresa prestataria, al monto de sobregiro en cuenta, a las garantías requeridas para una autorización a girar en descubierto o el haber demorado el cierre de una cuenta luego del quinto rechazo de cheques por falta de fondo, constituye el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

CNFed.CCort., sala I, 28-9-2000, "G., O.", c. 32.314, reg. 922, J. 12 - S. 24, BCNFed.CCort., WebRubinzal penal6.7.1.1.r1

Incurre en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público el rector normalizador de un instituto universitario nacional que dicta una resolución merced a la cual se otorgarían títulos (licenciatura) en contra de las disposiciones expresas de la Ley de Educación Superior.

CNFed.CCort., sala II, 13-2-2001, "M., R. O.", c. 17.079, reg. 18.391, J. 8 - S. 16, BCNFed.CCort., WebRubinzal penal6.7.1.5.r1

Incurrir en el delito previsto en el artículo 248 del Código Penal, en cuanto reprime con pena de prisión al funcionario público que no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, quien desempeñando el cargo de Subsecretario de Coordinación del Ministerio de Educación acepta el cargo como perito de parte, ejerciendo en forma privada su profesión de Contador Público en un proceso penal en el que se encuentran imputados funcionarios de la Fuerza Aérea Argentina, causa ésta en la que existe un reclamo contra ella y en la que además, impugnó un informe emanado de otro organismo estatal (AFIP) en violación de la Ley de Ministerios (arts. 24 y 25), en cuanto establece un régimen de incompatibilidades para el desempeño del cargo de ministros, secretarios y subsecretarios en el ejercicio de la profesión privada, con excepción de la docente, y la prohibición de intervenir en juicios, litigios o cuestiones en los cuales sean parte la Nación, las provincias o los municipios, así como no ejercer profesión liberal cuando su condición de funcionario pueda influir en la decisión de la autoridad competente.

CNFed.CCorr., sala II, 17-5-2001, "M., R.", c. 17.694, BCFed.CCorr., WebRubinzal penal6.7.1.7.r1

La omisión de formar sumario administrativo respecto de un funcionario a quien se le dictó auto de procesamiento no firme, no constituye delito si es práctica de la repartición no conformar el sumario si el procesamiento no resulta firme.

CNFed.CCorr., sala II, 17-7-2001, "D. T., G.", BCFed.CCorr., WebRubinzal penal6.3.2.2.r1

"El abuso de autoridad presenta pues, 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". Así, el Jefe de la Policía puede ordenar detenciones de personas siempre y cuando existan motivos para hacerlo, pero, teniendo en cuenta el contexto en el que imparte la orden, su motivación puede llegar a ser producto de un abuso de su función y no del cumplimiento de un deber legal, aun cuando el marco normativo en el que se encontraba el país, estado de sitio, permitiera al Poder Ejecutivo Nacional detener personas fuera de la regulación que impera en situaciones de normalidad. Tal abuso de autoridad se presenta en el caso de órdenes impartidas por el procesado, consistentes en detener a un número determinado de

individuos cuando no existieran motivos jurídicamente válidos que sostuvieran tal directiva, ya que no se encontraba en peligro la integridad física del personal policial, había pocas personas reunidas en el sitio (Plaza de Mayo), no corría peligro la vida de ningún funcionario y no se encontraba impedido el acceso a la Casa de Gobierno.

CNFed.CCorr., sala I, 26-7-2002, "S., R. J. y otros s/Procesamiento"

Comete el delito de abuso de autoridad el ministro de Economía que dictó las resoluciones 850/2001 y 863/2001 donde se dispuso que las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina debían aplicar restricciones para dar cumplimiento a las órdenes emanadas de los jueces de la Nación en relación al decreto 1570/2001, en aquellas resoluciones que anulaban, restringían o alteraban las disposiciones del mismo, alterando de esa manera el equilibrio que entre los poderes del Estado prevé la Constitución Nacional, pues el ex ministro se habría perpetrado desde la órbita del cargo que ostentaba y con franca oposición, a sabiendas, de la normativa estipulada en la Constitución Nacional y demás leyes que en consonancia con las primeras fueron sancionadas.

CNFed.CCorr., sala I, 22-8-2002, "C., D. F. y otros", L. L. 2002-E-822; D. J. 2002-3-243; CD L. L.

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 del bien (del voto del Dr. Mansur).

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A.", CD J. A.

Aun admitiendo la congruencia del artículo 10, inciso b) de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia, N° 7395, con las normas constitucionales, sólo puede justificarse su utilización por razones de urgente necesidad, cuando mediaran ponderables motivos fundantes de la excepcional medida. Responsables de ese abuso funcional, serán los oficiales superiores de la dependencia policial que decidie-

ran y practicarán el injustificado procedimiento (detención en la vía pública en averiguación de antecedentes).
Comete el delito de abuso de autoridad quien dispone y efectiviza una requisita personal minuciosa, desvisitando a las mujeres y examinando hasta sus genitales, cuando las personas sobre las cuales recae el acto han sido injustificadamente detenidas, con la excusa de la averiguación de sus antecedentes y capturas pero sin que exista motivo alguno para semejante restricción.

CPen. de Rosario, sala II, 22-7-88, "B., E.", L. L. 1989-I-603

Constituye falsedad ideológica de instrumento público en concurso con violación a los deberes de funcionario público, la acción del procesado que registró y comunicó el cumplimiento de la pena de un infractor ordenada por sentencia del juez de faltas a sabiendas de que la medida no se cumplía ni se cumpliría por la complicitad dolosa del funcionario que debía ejecutarla ya que su incursión en la falsedad, suponía también el incumplimiento de su parte de sus deberes como funcionario (abuso de autoridad) por no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbía.

CPen. de San Nicolás, 14-2-91, "G., T.", c. 16.429, juez Andrín (SD) (JUBA)

El apartamiento de los principios establecidos para los supuestos de liquidación de bienes previstos en el artículo 198 de la ley 19.551 conlleva a que el juez actuante, incurra en el delito de violación de los deberes de funcionario público.

JEMF de La Plata, 28-6-91, "M., E.", c. 1286, RSD-1286-90, juez Acevedo (SD) (JUBA)

Cuando un magistrado dicta resoluciones contrarias a la Constitución o leyes nacionales o provinciales infringe la norma del artículo 20, inciso e, de la ley 8085, tipificado a su vez en el artículo 248 del Código Penal, bajo el título de abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público.

JEMF de La Plata, 24-3-93, "G., S. A. C.", c. 483, RSD-483-92, juez Vivanco (SD) (JUBA)

En los términos del artículo 248 del Código Penal, en cuanto castiga al funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias

a las Constituciones o leyes nacionales o provinciales, se trata, dice la doctrina, de un delito de naturaleza subsidiaria. La ilegitimidad de los actos cumplidos por un juez, en los actos del procedimiento relativos a allanamientos y secuestros como consecuencia del mal uso que hizo de esta medida de carácter coercitiva –aunque accesorio– tornó el ejercicio de su función en abusiva. Se abusó de la autoridad que inviste y tiene, para allanar injustificadamente, en exceso contrariando claras directivas contenidas en las Constituciones nacional y provincial y el Código de Procedimiento Penal. El juez incurrió en la conducta prevista en el inciso e) de la Ley de Enjuiciamiento (voto juez Cafferatta [SD]).

Al dictar medidas tendientes a desviar la investigación del proceso se encuentra ausente el fundamento que está en la base de la facultad ejercida por el juez por lo que se constituye el abuso de autoridad (voto juez Oliver [SD]).

JEMF de La Plata, 23-3-98, "S., O. M.", RSD-422-97 (UBA)

V. Antijuricidad

El delito de violación de los deberes de los funcionarios legislado en el artículo 248 del Código Penal, se da cuando el funcionario obra a sabiendas de que su proceder es contrario a lo que debe ser de acuerdo a las normas reglamentarias. La doctrina nacional excluye tal ilícito si en el hecho medió una justa causa para apartarse de los dispositivos reglamentarios.

CJN, 11-11-96, "A., E. P. Z. – A., P. F. s/p.s.s.a.a. Falsificación de cheque y estafa", PJN Intranet

VI. Autoría y participación

Descconcentración es el fenómeno por el cual se asignan competencias decisorias a órganos inferiores a la administración, centralizada o descentralizada. Por ello, debe responder por la omisión de hacer, respecto de la situación anómala de una entidad bancaria, en principio, el titular de la Superintendencia de Entidades Financieras del Banco Central de la República Argentina, puesto que posee una competencia sustancialmente diferente de la de sus directores, salvo que se acreditare que el Superintendente puso a disposición del directorio la información sobre la situación de la entidad bancaria en

situación anómala, así como su calificación y el criterio para su determinación de conformidad con lo establecido por el artículo 43 de la ley 24.144, o si los miembros del directorio poseían esta información por otra vía.

CNFed.CC.Corr., sala I, 7-7-2000, "P. P.", c. 31.005, reg. 635, J. 5 - S. 10, WebRubinzal penal6.7.1.4.r1

Quien desempeña el cargo de Jefe del Departamento de Admisión de Residentes Extranjeros no puede alegar que la falta de un elemento esencial para el otorgamiento del certificado de residencia permanente de un extranjero, cual es sus antecedentes, fue obviado merced a una orden de tramitación especial dada por el Director Nacional, desde que por su antigüedad e índole de sus funciones lo colocan en un rol que va más allá del que cumple un mero empleado administrativo.

CNFed.CC.Corr., sala II, 9-8-2001, "A., A. y otro", c. 17.677, BCNFed.CC.Corr., WebRubinzal penal6.7.1.6.r1

Conforme surge de la ley 19.032, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica individual, financiera y administrativa propia, constituyéndose en un ente público no estatal, por lo tanto sus dependientes resultan extraños a la relación jurídica del empleado público, rigiéndose en consecuencia, en su lazo con el empleador, según el sistema previsto por las normas de Derecho del Trabajo privado. Por ello no se verifica una infracción al artículo 248 del Código Penal en la conducta consistente en el despido de empleados de dicho instituto, de conformidad con las previsiones de la ley 20.744.

CNFed.CC.Corr., sala I, 6-9-2001, "A., V. y otro", c. 32.912, BCNFed.CC.Corr., WebRubinzal penal6.3.2.2.r1

Resulta partícipe necesario de los delitos de abuso de autoridad e instigación a cometer delitos la directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía que, con anterioridad de dictadas por el entonces ministro de Economía las resoluciones 850/2001 y 863/2001 por las cuales se impusieron restricciones a las entidades bancarias sujetas a la Superintendencia del Banco Central para el cumplimiento de las órdenes judiciales emanadas en relación al

decreto 1570/2001, firmó el dictamen DGAJ 139.424 pues, dados la importancia y el carácter ineludible que guardaba la actividad a la hora de evaluar el apego a la normativa vigente de las disposiciones que se estaban gestando, la imputada no puede escurirse bajo el exceso de labor para deslindar la responsabilidad que le cabe.

CN Fed. C. Cor., sala I, 22-8-2002, "C., D. F. y otros", L. L. 2002-E-822; D. J. 2002-3-243; CD L. L.

VII. Consumación y tentativa

La figura de abuso de autoridad contenida en el artículo 248 del Código Penal se consuma con la resolución o la orden, cualquiera sea la finalidad del autor.

Caus. de Córdoba, 26-10-98, "B., O. E. y otros", L. L. C. 1999-888; CD L. L.

VIII. Concurso de delitos

Respecto de la omisión funcional de no ejecutar la ley cuyo cumplimiento le incumbe (art. 248, Cód. Pen.) imputada a uno de los procesados por su condición de policía es improcedente. Esa forma de abuso de autoridad es una figura delictiva subsidiaria y, por ende, su aplicación está supeditada a que otra no la comprenda como elemento constitutivo. La acción de ayudar al delincuente y no denunciar estando obligado a hacerlo, forma parte de la figura delictiva del encubrimiento.

CPen. 3ª de La Plata, sala III, 6-10-88, P 90473, RSD-131-98, Juez Silva Acevedo (SD) (JUBA)

OMISIÓN DE DEBERES DEL OFICIO (Art. 249, Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

Configura el delito previsto en el artículo 249 del Código Penal la actitud de funcionarios policiales que no denunciaron ni dejaron constancia de su intervención en el secuestro de un arma de cuya sustracción tenían conocimiento formal.

CNCCor., sala VI, 13-9-63, "P., J. y otro", J. A. 1963-VI-121

La figura del artículo 249 del Código Penal no tiene una relación residual respecto de la que traza el artículo 248 del Código Penal. Dicho de otro modo, las omisiones del tipo del artículo 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 comisivos.

CNFFed.CCort., sala I, "D., I.", BCNFFed.CCort. 1996, Nº 1, p. 347

En la descripción que efectúa el artículo 249 del Código Penal, la "malicia" que se invoca está ausente, requiriéndose únicamente que el "funcionario público ilegalmente omitiera o retardare algún acto de su oficio". En mi opinión, el procesado no sólo omitió, retardó dar noticias del hallazgo a su superior, lo que hubiera puesto en marcha la investigación de posibles ilícitos, la producción de pericias mecánicas y dactiloscópicas del rodado, para establecer la existencia de rastros, sino que con su omisión y retardo no sólo no se cumplieron respecto del vehículo las diligencias antes citadas, sino que no se tomaron respecto del mismo, las medidas de retención y de conservación que prevén los artículos 93 y 99 del CPP. Todas estas medidas y diligencias instructorias deben por imperio de los incisos 1º y 3º del artículo 91 del CPP, ser practicadas "sin demora", conducta que lejos de asumir el procesado, se dedicó a transitar sin derecho, con el rodado, exponiéndolo a una nueva sustracción o a que fuera protagónico de una colisión, todo ello en detrimento de su legítimo propietario y de una correcta administración de justicia.

CPen. 3º de La Plata, sala II, 18-3-80, "C., D.", P 60067, RSD-23-80, juez Millán (SD) (JUBA)

Corresponde calificar como violación de los deberes de funcionario público por retardar un acto de su oficio -artículo 249, Código Penal-, la conducta del secretario del Juzgado que no controló las actuaciones que eran recepcionadas en la Secretaría a su cargo, máxime si las mismas se trataban sobre una persona que se hallaba detenida (del voto en disidencia del Dr. Barbarosch).

CNCCort., sala IV, 4-2-2000, "Fiscalía de Menores Nº 4", L. L. 2000-F-305; D. J. 2000-3-769; CD L. L.

La figura del artículo 249 del Código Penal se refiere a la omisión del cumplimiento de los actos propios de las funciones, que contempla no sólo los actos de autoridad, sino además, cualquier tarea administrativa que integre la función a la prestación de servicio del agente. Si el imputado, jefe de Turno del Servicio Penitenciario Federal, no observó las obligaciones inherentes a su cargo de vigilancia, seguridad y organización de los detenidos alojados bajo la órbita de su cuidado, al asignar un único celador para cumplir funciones en un celular de internos conflictivos de dicha unidad quien, tras proceder a la apertura de las celdas de los internos que se hallaban alojados en el pabellón de sancionados a fin de que gozaran del recreo, se ausentó del lugar y se ubicó en una celaduría que no poseía visión alguna sobre los internos, circunstancia que permitió que dos de ellos fueran agredidos y fallecieran como consecuencia de las heridas de arma blanca que recibieron por parte de otros dos detenidos, debe confirmarse el procesamiento dictado por el magistrado de grado al jefe de Turno y celador de la unidad carcelaria en orden al delito de omisión de los deberes de su oficio (art. 249 del Cód. Pen.). Ello en tanto, la reglamentación interna del Servicio Penitenciario los coloca en posición de garante, en cuanto a la protección y vigilancia de la vida de los internos del instituto.

CNCCorr., sala I, 7-4-2003, "O., R.", c. 20.488, PJN Intranet

Si se encuentra acreditada la desaparición de varios efectos de valor que se hallaban en la bóveda de seguridad de la División Custodia de Efectos de la Policía Federal y que, al tomar conocimiento de ello los jefes de distintas dependencias policiales por parte de un comisario no se ejecutó el actuar que correspondía—esto es, efectuar la correspondiente denuncia a los efectos que se investigue el presunto ilícito—sino que, por el contrario, se pretendió mediante la intervención de uno de los inculcos y sus superiores que quien informó la desaparición de los objetos asumiera la responsabilidad a fin de no causar problemas a la línea jerárquica, debe confirmarse el procesamiento dictado a los imputados en su calidad de coautores del delito de omisión ilegal de un acto de su oficio debido a su condición de funcionarios públicos (art. 249 del Cód. Pen.), el que concurre realmente con el delito de ejecución de una orden o resolución contraria a la ley (art. 249 del Cód. Pen.) respecto de uno de ellos—jefe del Departamento de Apoyo Judicial y Protección Social de la Policía Federal—, por haber omitido

tomar los recaudos necesarios para resguardar los efectos y dinero existentes en la división indicada.

CNCCor, sala VI, 5-6-2003, "C., L. O. y otros", c. 20.339, PJN Intranet

II. Tipo subjetivo

Para que se configure el delito de violación de los deberes de funcionario público, contemplado en el artículo 249 del Código Penal, que reprime al funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio, éste debió haber obrado con conocimiento de que retardaba un acto de su función pública, por lo cual la existencia de una justa causa para apartarse del dispositivo legal o reglamentario pertinente, excluye el tipo referido.

CNCCor, sala I, 12-6-2000, "B. M., A.", L. L. 2001-B-552; D. J. 2001-2-406; CD L. L.

El delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público previsto en el artículo 249, Código Penal se conforma mediante conductas omisivas ilegales que se refieren a actos que son el contenido de la función. Ello así, pues "omite el acto del oficio el funcionario que no lo lleva a cabo" en tanto que "...lo retarda el que no lo realiza en la oportunidad determinada..." Se configura el dolo directo requerido por el tipo subjetivo de aplicación si los imputados actuaron con negligencia, a sabiendas de que los actos que omitían eran propios de sus respectivas funciones, es decir, que se trataba de una omisión ilegal y tenían la posibilidad de conducirse conforme a la ley.

CNCCor, sala VI, 31-10-2002, "O., S. M. y otros", c. 18.152, PJN Intranet

Para la tipificación de la conducta prevista por el artículo 249 del Código Penal es menester la acreditación de malicia; no basta con la sola extralimitación u omisión en el cumplimiento de los deberes que le incumben al funcionario.

CApel. de Esquel, 5-12-95, "B., E. F." -Margara-Rowlands-, CD J. A.

III. Antijuridicidad

No comete el delito de violación de los deberes de funcionario público, contemplado en el artículo 249 del Código Penal, el director ejecutivo del ANSES que dio cumplimiento tardío a una sentencia judicial, pues justifica su obrar—y, por ende, elimina la ilegalidad de su conducta—, la delicada situación por la que atraviesa el sistema previsional, siendo un estado generalizado en el ámbito de aquella dependencia.

CNCCor., sala I, 12-6-2000, “B. M., A.”, L. L. 2001-B-552; D. J. 2001-2-406; CD L. L.

DENEGACIÓN DE AUXILIO (Art. 250, Cód. Pen.)

Para que exista el delito del artículo 250 del Código Penal no basta la extralimitación u omisión en el cumplimiento de los deberes que incumben al funcionario; es menester la existencia de malicia.

CFed. de La Plata, 6-11-33, “P.”, J. A. 44-85

Si a un magistrado se le reprocha “morosidad” la conducta debe necesariamente ser relacionada y vinculada con las normas que regulan la función o el actuar del agente, esto es, los códigos de procedimiento, de donde surge con nitidez la forma y el tiempo en que debe cumplir sus funciones.

La situación de un magistrado debe considerarse desde el punto de vista de la razonabilidad en los plazos utilizados para fallar, que no son coincidentes con los plazos fijados por las normas procesales, expuestos en abstracto y sin consideración a las condiciones concretas en que se desarrolla la actividad judicial. Y el parámetro que debemos tener en cuenta a los fines de juzgar la razonabilidad de los plazos es el *standard* de conducta que reflejan —en el caso— los restantes jueces de primera instancia de la ciudad en la que desarrolla su actividad el magistrado, es decir, los que se encuentran en las mismas condiciones en cuanto a infraestructura, personal y cantidad de causas.

ABANDONO DE DESTINO (Art. 252, Cód. Pen.)

El artículo 252 del Código Penal exige que el daño en el servicio público se refiera a la consecución de los fines de ese servicio, y no a las perturbaciones de orden interno de éste.

CNCCor., 12-4-49, "D. C., A. L.", L. L. 54-565

NOMBRAMIENTOS ILEGALES (Art. 253, Cód. Pen.)

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—, y no en la usurpación de autoridad del artículo 246, inciso 1º, Código Penal, pues el título al que hace referencia esta última figura difiere del diploma que acredita idoneidad para el ejercicio de una profesión. Así, se ha dicho que al referirse a 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 electorado o colectivo, que no emana siempre de una autoridad pública".

CNCas.Pen., sala I, 31-10-96, "D. J. L.", c. 808, J. P. B. A. 97-1

La noción de cargo público, a la que refiere el tipo descripto en el artículo 253 del Código Penal, está actualmente suministrada por la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (ley 25.188). Allí se establece, en el párrafo final del artículo 1º, 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 de él o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. En tal sentido, se debe considerar cargo público el que deviene de un contrato de locación de servicios profesionales, celebrado dentro del marco de un programa de las Naciones Unidas, en calidad de experto consultor con tareas de asesoramiento.

CNFed.CCorr., sala I, 27-10-2003, "T. C., A. L. s/Sobresesimiento", c. 35.478, PJN Intranet

VIOLACIÓN DE SELLOS (Art. 254, Cód. Pen.)

I. Bien jurídico

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.

CNCor, Sala II Cor, "V. de S., S. L.", c. 26.378, BCNcyCNº2, marzo-abril/1982, p. 80; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 196

El cerramiento de un comercio por no respetar reglamentos municipales no tiene otra finalidad que impedir que siga funcionando al margen de dichas disposiciones, por lo que el sello sólo garantiza que no será abierto sin autorización municipal, pero no tiende a asegurar la conservación o la identidad de la cosa o cosas relacionadas con el negocio clausurado, razón por la que falta la tipicidad necesaria para la aplicación del artículo 254, parte 1ª del Código Penal.

CPen. de Santa Fe, sala I, 4-6-86, "M., G.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 1058-1

II. Tipicidad. La figura dolosa

1. Tipo objetivo

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.

CNCor, sala III, 7-5-91, "V. E., A. M.", L. L. 1991-E-220, D. J. 1991-2-986; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 198

La ruptura de una faja con que se clausurara un negocio de gomería por infracción a reglamentaciones municipales no integra el tipo del artículo 254, parte 1ª del Código Penal.

CPen. de Santa Fe, sala I, 4-6-86, "M., G.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 1058-2

No configura la acción típica del artículo 254 del Código Penal, la rotura de fajas dispuestas para impedir que el procesado desarrolle una determinada actividad en el lugar, en tanto no fueron dispuestas para asegurar la conservación ni la identidad de objeto alguno.

CNCCor., sala VI, 14-5-91, "F., A.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 1058-3

I. No obstante hallarse acreditado que la acusada ingresó al local que estaba clausurado por la Dirección Nacional de Policía del Trabajo y que para ello tuvieron que romperse los precintos que aseguraban su puerta, no puede válidamente incriminarse a aquella la infracción del artículo 254, Código Penal. 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. El delito mencionado consiste en la violación maliciosa de esa especial custodia, con o sin roturas de las fajas, debiéndose acreditar si realmente se frustró la voluntad de la autoridad competente exteriorizada con los sellos o sea que si no está inequívocamente comprobado que las fajas de referencia estuvieran selladas con el sentido que la ley y la doctrina le asignan, no puede válidamente imputarse a la procesada la infracción al artículo 254. No puede llevar a equívocos que en las franjas se señalara cuál es la repartición que intervinó, ni que llevara la firma de su jefe de departamento, ya que lo que la figura requiere es que se encuentren selladas, circunstancia ésta no comprobada en autos, ya que no se dejó constancia alguna al respecto, no se secuestraron las fajas, ni se llamó a prestar declaración al firmante de las actas, ni se indagó expresamente a la encargada sobre este aspecto.

CNCCor., sala II, 29-4-82, "V. de S., S. L.", c. 26.378, BCNCYC, Año 1982, Nº 2, marzo-abril, p. 80, LD Textos

2. Tipo subjetivo

Constituye el delito de violación de sellos (art. 254, Cód. Pen.), la acción del procesado que violó las fajas legalmente impuestas por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, continuando en el local comercial con la explotación y uso del mismo como sala de masajes. Carece de significación que los sellos quedaran intactos, ya que la destrucción o rotura de aquéllos es una de las formas de consumir 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 quiere proteger, o someter a interdicción, situación que se encuentra legalmente acreditada en autos.

CNCCor., sala II, 17-3-87, "A., C.", BCNcyC, Año 1987, Nº 1, enero-febrero-marzo, p. 390, LD Textos

III. Consumación y tentativa

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.

CNCCor., sala VII (def.), 6-8-87, "L., J.", c. 8081, Sent. "Z", Secr. 45, BCNcyC Nº 3, julio-agosto-septiembre/1987, p. 1250; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 200

VIOLACIÓN DE PRUEBA, REGISTROS Y DOCUMENTOS (Art. 255, Cód. Pen.)

I. Tipicidad. La figura dolosa

1. Tipo objetivo

a) Acciones típicas

Enquadra prima facie en el delito de violación de medios de prueba—artículo 255, Código Penal—, la conducta desplegada por el imputado que al retirarse de la mesa de entrada del tribunal sustrajo un expediente reservado.

CNCCor., sala I, 12-5-2000, "M., H. C.", J. A. 2001-III-284 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.50507)

b) *Supuestos en los que no se configura*

El tribunal entiende que el hecho endiligado al encausado—ocultación de objetos en custodia—, en el particular caso de autos, no tiene encuadre en el artículo 255, segundo párrafo, del Código Penal, como lo califica el a quo en el pronunciamiento recurrido, porque debe tenerse en cuenta que la acción de ocultar “se traduce en esconder en el sentido de hacerla potencialmente inaccesible para la administración que precisa el uso del objeto”. Es dable apreciar que en la emergencia el incurso mantuvo comunicación telefónica con el Juzgado Federal interviniente, interiorizándolo de los pormenores del hecho; que remitió el parte policial correspondiente; y que incorporó a las actuaciones fotocopias del documento cuestionado. Todo lo cual pone en evidencia que ni siquiera hubo negligencia que provocara el ocultamiento requerido por la acción típica; tan así es, que el instructor no tuvo ningún inconveniente en recuperar la documentación en cuestión y regularizar el trámite de la causa. En consecuencia, el tribunal entiende que frente a este estado de cosas, se descarta en el caso la aplicabilidad de la figura delictiva que se le enrostra al causante.

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 4-7-2002, “B., S. s/Inf. art. 255, Cód. Pen.”, c. 2950

2. *Concurrencia con el delito de falsificación de documento por supresión. Concurso aparente*

Si bien la conducta del procesado que sustrajo de una secretaría judicial un expediente, encuadra en los tipos penales de los artículos 255 del Código Penal (sustracción de documento confiado a la custodia de un funcionario público) y 294 (falsedad documental por supresión), existe en el caso un concurso aparente de leyes, por cuanto todos los elementos de la segunda figura se encuentran presentes en la primera y esta última es más específica que aquella.

CNFed.CCort., sala II, 7-12-88, “R., A.”, Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 1059-5

El injusto del delito de falsificación de documento por supresión, está contenido en el de sustracción de documento confiado a la custodia de un funcionario público (art. 255, Cód. Pen.).

CNFed.CCort., sala II, 7-12-88, “R., A.”, Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 1059-6

II. Consumación y tentativa

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 aquella, que sin solución de continuidad concluyó con el recupero del documento, el hecho quedó en grado de tentativa.

CN Fed. CCorr., sala II, 7-12-88, "R., A.", L. L. 1989-C-398; D. J. 1989-2-590; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 206

La sustracción de un expediente judicial prevista por el artículo 255 del Código Penal afecta a la administración de justicia y se concreta con la acción de sustraer el expediente del lugar en donde se custodiaba, sin que sea necesario que exista un propósito de disponer del documento, sino que se consuma con la sola acción de sacarlo de la esfera de custodia.

CNCCorr., sala V, 28-5-92, "M. P. C. D.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 1059-8

Si el acusado llevó a cabo la totalidad de la maniobra que quiso realizar y que creía necesaria para los fines declarados, pero resulta inutilizaba el documento que contenía su declaración, pero resulta que su actividad era inútil 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.

CCrim. 9ª Nom. de Córdoba, 22-2-88, "P. L. F.", L. L. C. 1988-487; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 206

III. La figura culposa

...se constata que los elementos de cargo valorados por el a quo, se refieren a datos meramente objetivos que no autorizan a verificar la actividad dolosa de un tercero que debía haber llevado a cabo alguna de las conductas típicas descriptas por la primera parte de la norma en análisis. Desde esa perspectiva, en consonancia con lo argüido por

I. El bien jurídico tutelado

COHECHO (Art. 256, Cód. Pen.)

la defensa, esta sala considera que no es posible acreditar el tipo culpable en tanto sin que existan elementos que den cuenta al menos, de una presunción eficiente, respecto del actuar de un tercero que debió haber obrado en forma dolosa, avalado en la imprudencia o negligencia del depositario. Así lo interpreta la doctrina, entre otros, Soler (*Derecho Penal argentino*, t. V, ps. 157 y cons.) y Crenus, al decir: "...no se trata de castigar a quien, siendo depositario, por negligencia o imprudencia, quebranta la custodia, sino al depositario que, por su culpa, permite que un tercero quebrante dolosamente la custodia que ejerce, con alguna de las acciones previstas en el artículo 255, párrafo 1º, por medio de las facilidades que aquella actitud brindó, aunque el autor del delito doloso no se haya aprovechado (subjetivamente) de ellas".

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Pen. Nº 3, 30-8-2002, "Z., L. A. s/Art. 255 del Cód. Pen.", c. 2607

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.

CNCCorr., sala I, 18-9-96, "W., C. y otro", J. A. 1998-II-266; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 212

En la figura del cohecho el bien jurídico protegido es la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública, y queda configurado toda vez que un funcionario público pretenda obtener para sí una suma de dinero, pactando la venta de actos de autoridad que debían ser oficiosos y funcionalmente cumplidos.

CNCCorr., sala I, 18-9-96, "W., C. y otro", L. L. 1998-F-838, P.J.N. Intranet

II. El tipo penal del cohecho pasivo

La corrupción pasiva en el delito de cohecho consiste en recibir o

aceptar. El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones.

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casación", c. 1626, PJN Intranet

...ningún obstáculo existe para concluir que los imputados han cometido el delito de cohecho pasivo (art. 256 del Cód. Pen.). Ello así toda vez que de cuanto tuvo por acreditado el tribunal, surge que quien efectuó los pagos conocía la ilegalidad de los mismos y que los agentes actuaron desde un principio invocando su propio nombre y su exclusivo beneficio, y que en su carácter de funcionarios públicos exigieron —y efectivamente recibieron— dádivas con el fin de no realizar una función para la que estaban designados, pero también bajo la amenaza de que en caso de no pagarse lo reclamado "le iban a pedir la quiebra e iba a ir preso". También sus conductas concurren en forma real con coacciones (art. 149 bis *in fine* del Cód. Pen.) pues han hecho uso de amenazas (voto de la Dra. Capolupo de Durazona y Vedia —en minoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 10-5-2002, "L., J. R. y otro s/Recurso de casación", c. 2920, PJN Intranet

Constituye el delito de cohecho pasivo simple previsto por el artículo 256 del Código Penal, la conducta consistente en la aceptación de dinero dirigido a prestar asesoramiento vinculado a sus funciones y por la cual no se encontraba autorizado a recibir suma alguna.

CNFed.CCon, sala II, 5-5-95, "N., R. y otro", J. A. 1996-IV, síntesis (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.19206)

1. El tipo objetivo

Nuestro ordenamiento de fondo, al seleccionar la palabra "influencia" para su artículo 256, no ha querido traslucir con tal elección, ni una intimidación, ni orden, antes bien, ha sido su aspiración imponer sin cortapisas el sentido lato de aquella voz insobornablemente sustantiva. El Código es harto preciso cuando habla de "influencia derivada de

su cargo", quiere la ley con ello justamente significar que el influjo evidenciado no sea exógeno a la función de la cual se trate, exigencia más que lógica a poco que se repare en la naturaleza y características del injusto en examen (cohecho); mas bajo ningún punto de vista autoriza la norma citada una sobrecarga exegética, de suerte tal de asimilar influencia al concepto de presión cierta y asfixiante, traducida en la posibilidad de represalias contra el funcionario receptor impermeable a la misma.

CNCCor., sala VII, 31-8-82, "B. J. y otros", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 185-9, 10

...El delito de cohecho, se tipifica con un acuerdo de voluntades, partiendo de la libre iniciativa del sujeto activo...

CNCCor., sala V, 23-11-82, "P. M., M. y otros", c. 15.246 (Def.), BCNCYC, Año 1982, Nº 6, noviembre-diciembre, p. 291, PJN Intranet

La forma del delito reclama un verdadero acuerdo expreso o implícito entre el oferente y el juez, el uno de dar u ofrecer y el otro de recibir o aceptar; tienen que tener en vista las mismas finalidades: que el juez haga o deje de hacer algo concerniente a sus funciones.

JEMF de Buenos Aires, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", Informática Jurídica Documento Nº 14.68686, J. A.

a) Las conductas descriptas por la ley

La figura del cohecho pasivo abarca a la conducta del funcionario público que recibe dinero para hacer algo relativo a sus funciones; ello implica que existe un tercero que, teniendo la iniciativa delictual, le hace un ofrecimiento a un funcionario que, a su vez, lo acepta voluntariamente. Se requiere que el ofrecimiento de dinero se efectúe con el fin de que el funcionario realice algo relativo a su función...

CNFCor., sala II, 17-5-89, "C., R. N. s/Concusión", c. 5743, BCNCYC, Año 1989, p. 269, PJN Intranet

El cohecho presenta una codelincuencia necesaria, ya que no puede existir el pasivo si no ha existido uno activo, es decir, sin que alguien ofrezca o prometa algo con las finalidades mencionadas por la ley; aquella se satisface con la acción propia del codelincuente en su significado material, sin que sea necesaria la existencia de responsa-

bilidad penal en su conducta: quien ofrece o promete puede actuar, por ejemplo, inculparable—por error *iuris*—sin que ello obste a la comisión del delito por parte del funcionario, en cuanto éste reciba lo ofrecido o acepte lo prometido con las finalidades previstas por la figura.

Caus. de Córdoba, 8-8-89, "S., R. A.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 185-4

El cohecho pasivo, que es un delito de acción bilateral, supone una codeinfluencia del funcionario con el tercero cohechante, un acuerdo, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario. Para que el funcionario incurra en cohecho, es indispensable que el particular cometa el delito de darle y ofrecerle una dádiva. Lo real es que el delito del artículo 258 es independiente del delito del artículo 256, pero no al revés.

Caus. de Córdoba, 8-8-89, "S., R. A.", L. L. C. 1990-504; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 185-6 y 7

b) *La proporcionalidad de la dádiva*

...existe cohecho con prescindencia de la exigüedad de la suma ofrecida o entregada y su desproporción en relación a la importancia del acto esperado.

Cfed. de Córdoba, sala A, 3-9-84, "B. de B., T. y otras", L. L. C. 1984-1253; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 185-8

c) *La persona interpuesta. Problemas de autoría*

...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 a que, más allá de los grados, jerarquías o funciones, se logra (interceder) para conseguir que quien en definitiva es un compañero de trabajo haga o deje de hacer algo.

Cfed. de Mendoza, sala A, 10-7-92, "F. c/N. M. N.", c. 54.987, J. P. B. A., t. 86, f. 94; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 221

La entrega o la promesa de entregar dinero o cualquier otro bien de valor económico, no empece a que la entrega o la promesa se haga por insinuación del funcionario, es decir, que la iniciativa no resulte relevante, lo que importa es que haya existido un acuerdo previo. Tampoco es relevante que la entrega se realice directa y personalmente o por interposición persona, en la inteligencia que dicha persona conozca y le conste que el dinero o la promesa tiene el destinatario previamente concertado.

JEMF de Buenos Aires, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", J. A. Informática Jurídica Documento Nº 14.68685

d) Los hechos a realizar

Los hechos prometidos por el funcionario público que protagoniza cohecho pasivo, deben ser inexcusablemente determinados. De no darse tal requisito, la dádiva o el dinero a él, en consecuencia, ofrecido, sólo hallaría su razón de ser en consideración al oficio ejercido por el representante del Estado, rasgo distintivo del cohecho menor (art. 259, Cód. Pen.).

CNCCorr., sala VII, 31-8-82, "B. J. y otros", E. D. 103-377; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 186-13

e) La competencia del autor

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.

CN Fed. CCom., sala II, 15-7-92, "N., S. y otro", J. A. 1995-II; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 223

El proceder del agente penitenciario configura en el caso el delito de cohecho pasivo previsto en el artículo 256 del Código Penal, pues si bien no era el funcionario facultado regularmente para instrumentar la libertad de los contraventores, lo cierto es que aquella disposición legal no requiere que el acto sea "propio" de la función específica del empleado o funcionario, 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.

CNCor, sala II, 5-11-80, "G, O.", L. L. 1981-B-228; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 186-14

2. El tipo subjetivo

La estructura del elemento subjetivo indica también que la conducta de ambas voluntades tiene que hacerse sobre un acto u omisión futuros: se da y se recibe, se ofrece y se acepta, para actuar u omitir, no por haber actuado u omitido. La dádiva entregada para retribuir una conducta funcional ya adoptada por el funcionario, no cae dentro de los límites del cohecho.

JEMF de Buenos Aires, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", J. A. Informática Jurídica Documento Nº 14.68687

3. Sujeto activo. Autoría

a) Es atípica la conducta de un empleado judicial que requirió a un abogado querellante una suma de dólares estadounidenses para decretar un procesamiento.

b) La figura descripta por el artículo 266 del Código Penal—exacciónes ilegales— exige en su aspecto objetivo que la voluntad del sujeto pasivo sea determinada por el temor genérico que la autoridad suscita, debiendo encontrarse la voluntad de la víctima coartada como consecuencia derivada de la actitud del funcionario y de la situación de hecho, por lo que ha de mediar abuso de autoridad en cualquiera de sus dos alternativas—mediando exigencia o inducción—que lleve a la víctima a entregar una dádiva.

c) No puede considerarse influida la voluntad de un abogado que actuaba como querellante, por la conducta abusiva de un empleado judicial que solicitó una suma de dólares estadounidenses para decretar un procesamiento en la causa, pues dada su calidad profesional tenía pleno conocimiento de que quien lo "presionaba" carecía de atribuciones para decidir tal medida, habida cuenta de la indelegabilidad de dicha función, por lo que la incompetencia del empleado en tal sentido era evidente.

d) Tampoco la maniobra de solicitar dólares para proyectar un procesamiento puede tipificarse en el delito de cohecho—artículo 256 del

Código Penal-, pues para éste debe existir acuerdo previo para que se haga o se deje de hacer algo relativo a las funciones del funcionario público.

e) Cabe excluir también las figuras de estafa y extorsión, la primera porque en ningún momento el imputado ha querido inducir a error al abogado y la segunda porque no se ha configurado un caso de simulación de autoridad.

f) El empleado judicial no es un funcionario público en los términos del artículo 77 del Código Penal, pues si bien con sus tareas apoya a los jueces y secretarios, interviniendo en la realización de actos procesales que exceden el alcance de sus obligaciones, tal función deriva de una delegación sólo impuesta de hecho por la obsolescencia e insuficiencia del aparato judicial y no por disposición legal alguna que la autorice, por lo que carecen de autoridad propia conferida por el Estado o delegada por expresa permisión de la ley para legitimar pasivamente a alguien, esto es, para resolver "por sí" lo que fue el núcleo de su exigencia, dado que más allá del influjo que podría haber ejercido sobre el magistrado para que resolviera en tal sentido, la decisión final era del juez y carecía de representatividad de la voluntad estatal al no ser titular del ejercicio de una función pública, de la que simplemente resultó auxiliar (del voto del Dr. Ragucci [h] adhiriendo al del Dr. Vázquez Acuña).

g) El empleado de la justicia reúne las condiciones de funcionario público establecidas por el artículo 77 del Código Penal y por ende puede válidamente ser acriminado por el delito de exacciones ilegales y empleado público utilizados en la mencionada norma son sinónimos, siendo suficiente que la persona participe del ejercicio de la función pública, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, por lo que es funcionario todo aquel que presta una actividad remunerada en organismos del Estado en virtud de nombramiento emanado de autoridad competente (disidencia del Dr. Giudice Bravo).

h) En la justicia penal existe una verdadera delegación de tareas por la que los empleados reciben declaraciones indagatorias, testimoniales, proyectan autos interlocutorios, sentencias, acusaciones, defensas, a lo que se agrega la disposición de diligencias importantes, la realización de proveídos, el sesgo que puede imprimirse a cualquier

investigación que muchas veces depende del importante trabajo de estos auxiliares, que más allá del estricto control de sus superiores, importa un claro ejercicio de la función pública (disidencia del Dr. Giudice Bravo).

i) El requerimiento de una suma de dólares estadounidenses al abogado de la querrela por parte de un empleado encargado de la tramitación material de una causa correccional, para decretar el procesamiento, configura el delito de exacciones ilegales previsto y reprimido por el artículo 266 del Código Penal (disidencia del Dr. Giudice Bravo).

CNCCor, sala II, 16-6-91, "D., R. J.", c. 40.172 (Def.), Sent. "LL", Secr. 42, BCNCCyC, Año 1992, Nº 2, PJN Intranet

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 máxima autoridad del área.

CNFed.CCom., sala II, 15-7-92, "N., S. y otro", J. A. 1995-II, sinéti; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 241

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.

CNCCor, sala IV, 8-11-94, "T., V.", J. A. 1996-IV, sinéti; Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 241

Siguiendo los argumentos de Ricardo Núñez debe destacarse 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 en el ejercicio de funciones públicas..."—a diferencia del Derecho Administrativo en el cual el empleado público no participa en la función pública—, mediante la facultad delegada de manera permanente o accidental de "...formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público..." En tal sentido, a los fines del artículo 77 del Código Penal, los términos "funcionario público" y "empleado público" resultan equiparables, siendo el único requisito exigido por dicha norma el de participar del ejercicio de la función pública, ya sea por nombramiento de autoridad competente o elección popular. No atienda a que se invista a la persona de una calidad jurídica determinada, sino que atribuya el mencionado status al sujeto que de algún modo participa del ejercicio de la función pública. De hecho se le aplica tal calificación a quien por cargo no lo tiene—mero empleado—cuando participa de tal función.

CN Fed. CCorr., sala I, 13-11-97, "C., C. y M., D. s/Cohecho y enubrimiento", c. 29.140, P.JN Intranet

Las exigencias para revestir el carácter de funcionario público, en el ámbito del Derecho Penal, difieren de las que se requieren en el Derecho Administrativo. En aquel, lo que prima es la participación del ejercicio de funciones públicas y ejecución de la voluntad estatal. A tal respecto, esta sala ha dicho que "...en lo que al Derecho Penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario público [...] es la participación en el ejercicio de las funciones públicas..." a diferencia del Derecho Administrativo, en el cual, el empleado público no participa en la función pública mediante la facultad delegada de manera permanente o accidental de "...formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público..." (cfr. sala I, "C.", reg. 959, del 13-11-97; "L.", reg. 1033, del 11-11-99; "G.", reg. 922, del 28-9-2000; "M.", reg. 689, del 14-8-2000 y Núñez, Ricardo, en *El significado del concepto funcionario público en el Código Penal*, en J. A. 1970, ps. 544/6).

A los fines del artículo 77 del Código Penal los términos "funcionario público" y "empleado público" resultan equiparables, siendo el único requisito exigido por dicha norma el de participar del ejercicio de la acción pública. De hecho se le aplica tal calificación a quien por cargo

no lo tiene -mero empleado- cuando participa de la función (ver CNFed.CCort., sala II, "R.", reg. 9163, del 30-6-92 y "M.", reg. 8730 bis, del 24-4-92). De esta manera quedan incurso en el delito de cohecho quienes inspirados en la obtención de un lucro personal, determinaron que la compra se hiciera respecto de una de las empresas oferentes de la administración, señalándola como la que ofrece mayores descuentos, aun cuando el grado de decisión que poseían no alcanzó la forma de contratación pero sí los equipos y cantidad señalados en forma taxativa, como también a quién adquirirlos.

CNFed.CCort., sala I, 5-3-2001, "R., A. y otros s/Infrac. arts. 173, inc. 7º; 174, inc. 5º y 256, Cód. Pen.", PJN Intranet

No obstante el criterio sostenido con anterioridad por esta Alzada (ver B. I, t. IV, p. 334, "R., A." del 5-3-2001) ha de prosperar la excepción de falta de acción sobreescribiendo a los imputados, si con posterioridad se ha incorporado prueba de la cual resulta que ninguno de éstos había desempeñado funciones en el Ministerio de Relaciones Exteriores en virtud de nombramiento de autoridad competente, que no estaban alcanzados por el régimen disciplinario de la administración pública por su carácter de contratados ni tampoco accedieron a tales funciones por elección popular.

CNFed.CCort., sala I, 16-10-2002, "S., O. s/Excepción de falta de acción", PJN Intranet

El artículo 77 del Código Penal equipara al funcionario público con el empleado público por la mera participación en el ejercicio de las funciones públicas. La solicitud de paralización del trámite de una causa a cambio de una importante suma de dinero, efectuada a un oficial de un tribunal configura el delito de cohecho si el empleado judicial que denunció posee una gran amplitud de tareas a cumplir derivadas de su especialización y sus conocimientos, lo que lo convierte en un verdadero auxiliar de la Justicia pues recibe declaraciones y prepara decretos y resoluciones que aunque estén siempre sujetas a la aprobación de sus superiores presentan una gran significación funcional.

Debe rechazarse el planteo de la defensa que afirma que el suceso es atípico porque el supuesto ofrecimiento realizado habría recaído sobre una persona que no reviste el carácter de funcionario y carece de capacidad para resolver, si se está ante un pedido de retraso del

expediente, que puede traducirse como su paralización, extremos éstos que pueden estar perfectamente a cargo de un empleado judicial si accede a ello, pues lo puede esconder, y hasta hacerlo desaparecer. Ello así, corresponde confirmar el auto que decreta el procesamiento del imputado en orden al delito de cohecho.

CNCCorr., sala VII, 16-7-97, "C., E. D. y otro", c. 19.653, PJN Intranet

Consumación y tentativa

En cuanto al delito de cohecho pasivo, éste es de pura actividad, que se consuma por el mero hecho de recibir dinero (o cualquier otra dádiva) o aceptar la promesa, sin necesidad de que se produzca el acto en función del cual se recibió o se aceptó, por lo cual no es posible la tentativa, ya que no admite diferencias cronológicas entre el principio de ejecución y el momento de consumación.

La forma tentada en el cohecho no es posible (voto de la Dra. Capolupo de Durazona y Vedia—en mayoría—).

El delito se consuma por la recepción de la dádiva o por la simple aceptación de la promesa, con absoluta independencia del efectivo cumplimiento de ésta, y de que ese cumplimiento deba ser anterior o posterior al acto de autoridad o al cese de la función. La forma del cohecho consiste en la aceptación de la promesa y se perfecciona por el acuerdo de voluntades (voto de la Dra. Capolupo de Durazona y Vedia—en mayoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casa-ción", c. 1626, PJN Intranet

El delito de cohecho se consuma en el momento de recibirse el dinero o dádiva o de aceptarse la promesa, por sí o por interpósita persona, aunque no fuera cumplida por el corruptor y prescindiendo de que el funcionario, a su vez, cumpla o no el acto o la abstención comprometidos. Tampoco obsta el hecho de que el cohechante actúe como elemento provocador, porque el falso convenio no entraña la falta de un elemento del tipo.

CFed. de Córdoba, sala A, 3-9-84, "B. de B., T. y otras", L. L. C. 1984-1253; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 186-18

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.

CN Fed. C. Corr., sala II, 5-5-95, "N., R. y otro", J. A. 1996-IV, síntesis (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.19207)

Lo que caracteriza al cohecho (art. 256, Cód. Pen.) es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el delito. Y no es sino la aceptación del deleznable trato por parte del funcionario tentado, la que surte efectos consumativos.

CNCCorr., sala VII, 31-8-82, "B. J. y otros", E. D. 103-377; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 186-17

Nuestra ley penal no distingue en materia de cohecho la forma propia de la impropia, por lo cual la calidad legal o ilegal del acto—lo último, en el caso de autos—es indiferente en cuanto a la existencia del delito consumándose el primero con la aceptación de la dádiva o bien por la simple aceptación de la promesa.

CNCCorr., sala II, 5-11-80, "G., O.", L. L. 1981-B-228; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 186-19

En la figura de cohecho pasivo se configura el delito en el preciso instante en que el acuerdo o pacto espurio se anuda entre las partes. Por ello, si se tiene en cuenta que la estructura del mentado injusto no permite escindir los actos ejecutivos de los consumativos, es de observar que no admite tentativa. Hasta el momento consumativo antes indicado, todo el obrar que antecede es constitutivo de simples actos preparatorios no punibles.

TOCt. Nº 12, 9-6-99, "W., C.", L. L. 1999-E-333; CD L. L.

...en cuanto a la consumación del delito, el mismo se perfecciona por el hecho de dar y recibir o de ofrecer y aceptar la dádiva, sin que sea menester que el funcionario cumpla o no lo prometido e independientemente de la justicia o no del acto.

JFed. Nº 2 de Mendoza, sala B, 3-4-85, "F., c/F. V., M. H., ...", LD Textos

Cuadra en la figura del cohecho pasivo agravado por su condición de juez en grado de tentativa, la conducta desplegada por el magistrado

I. Tipo agravado o tipo autónomo

COHECHO AGRAVADO (Art. 257, Cód. Pen.)

CN Fed. CCort., sala I, 8-4-2003, "M., J. A. y otros s/Procesa-
miento", PJN Intranet

Comete el delito de cohecho pasivo, en concurso ideal con el de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, el funcionario público que acepta, directamente o indirectamente, la promesa de recibir dinero a cambio de hacer valer la influencia, derivada de su cargo, ante otros funcionarios, a fin de que éstos dejen de hacer algo relativo a sus funciones. En el caso, la conducta delictiva del funcionario no sería otra que la propia de su cargo, en cuanto a obtener una contratación directa de sistemas informáticos, lo que a la postre y merced a las gestiones que de acuerdo con los respectivos roles realizados por otras personas, pertenecientes a la empresa licitatoria—que ya había provisto tal sistema con anterioridad—contratan innecesariamente a otra, a la que el mismo funcionario está informal y estrechamente vinculado. Todo ello, para sortear los mecanismos licitatorios y canalizar las ganancias de esta empresa subcontratista en el pago de la dádiva prometida.

b) Con negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública

CN Fed. CCort., sala I, 16-7-97, "D., A. y otros", L. L. 1997-D-293; PJN Intranet

La relación que guardan las conductas típicas descriptas por los delitos de cohecho y defraudación en perjuicio de la administración pública debe resolverse aplicando el principio de consunción. No hay concurso de tipos penales, sino uno aparente de leyes entre los delitos de cohecho y defraudación en perjuicio de la administración pública, pues el contenido de ilícito del primero integra el segundo de mayor gravedad.

a) Con la defraudación a la administración pública

5. Concurso con otras figuras

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 oficiosos y funcionalmente cumplidos.

CNCCorrt, sala I, 18-9-96, "W., C. y otro", J. A. 1998-II-266 (J. A. Informática Jurídica)

II. Tipo objetivo

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 regu- larse por su labor en el mismo.

CNCCorrt, sala I, 18-9-96, "W., C. y otro", J. A. 1998-II-266 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.8621); Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. III, p. 237

La demora no es suficiente para constituir el tipo de cohecho, siendo que esta figura requiere de la acción típica: que el dictar, demorar u omitir tiendan a garantizar el resultado buscado por la promesa o dádida.

JEMF de La Plata, 20-4-90, "B., F.", c. 697, RSD-697-89, juez Ravena (MA)

La entrega o la promesa de entregar dinero o cualquier otro bien de valor económico, no empece a que la entrega o la promesa se haga por insinuación del funcionario, es decir, que la iniciativa no resulta relevante, lo que importa es que haya existido un acuerdo previo. Tampoco es relevante que la entrega se realice directamente y perso- nalmente o por interposición persona, en la inteligencia que dicha persona conozca y le conste que el dinero o la promesa tiene el destinatario previamente concertado.

JEMF de La Plata, 26-6-97, "L., R. O.", c. 760, RSD-760-97, juez Castagno (MI)

En los términos del artículo 257 del Código Penal: "...el juez que aceptare promesa o dádida para dictar o demorar u omitir dictar una

No constituye cohecho en los términos del artículo 258 del Código Penal, el ofrecimiento de dinero hecho a un empleado judicial, ni al secretario del tribunal para que obtengan una demora en la tramitación de un expediente, ya que carecían de la capacidad que la figura requiere para determinar la resolución del juez.

Para que exista cohecho activo los hechos que se pretenden a través del ofrecimiento deben ser determinados y la solicitud debe dirigirse a un funcionario o que éste pueda influir sobre otro, ya que las influencias deben ser relativas al cargo.

CNCas.Pen., sala III, 11-8-99, "M., P. y otro s/Recurso de casa-ción", c. 1833, PJN Intranet

Mediante el delito de cohecho activo, se intenta disuadir a los particulares y también a los funcionarios públicos (sujetos activos), de facilitar o colaborar en la corrupción de la administración pública. Esta figura complementa a la de cohecho pasivo, al reprimir las conductas de quienes contribuyen con su acción para la consumación de esta forma desagradable de corrupción. La conducta típica prevista por el artículo 258, consiste en dar u ofrecer dádivas o ventajas o dinero o presentes o futuras promesas a un funcionario público o a un juez (únicos sujetos pasivos posibles), para que él observe la conducta reprimida en el artículo 256, esto es, hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones o competencia, o ejercer su influencia sobre la decisión de otro funcionario público (voto del Dr. Riggi en mayoría).

1. El cohecho activo y su relación con el cohecho pasivo

I. Tipo objetivo

COHECHO ACTIVO (Art. 258, Cód. Pen.)

JEMF de Buenos Aires, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", J. A. Informática Jurídica Documento Nº 14.8833

resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia..." objetiva-mente las acciones se configuran en las de aceptar dádivas o promesas, a diferencia de lo previsto en el artículo 256 del Código citado, la ley no habla de persona interpuesta, aunque gran parte de la doctrina sostiene que esa omisión no importa vedar esa forma de consumación del delito.

En el delito de cohecho activo, lo que se persigue con el ofrecimiento o entrega de la dádiva es que el funcionario cumpla con la conducta indicada en el artículo 258 del Código Penal, es decir que haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones o que haga valer la influencia derivada de su cargo para que otro funcionario haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

TOCr. Nº 28, 17-7-95, "F., S. E.", L. L. 1996-B-650; D. J. 1996-1-1251

2. Comportamientos típicos

En la doctrina y en el Derecho positivo predomina el criterio que distingue los dos cohechos (caracterizándose independientemente), siendo comunes a ambos el acuerdo o contrato entre el que da o promete y el que recibe o acepta; con ese acuerdo o contrato es que se perfecciona psicológicamente el cohecho, tanto activo como pasivo (voto de la Dra. Capolupo de Durana y Vedia –en mayoría–).

CNCas Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casa-ción", c. 1626, PJN Intranet

El accionar del procesado (dueño de un hotel), al efectuar una proposición de arreglo a la autoridad policial para que no le labraran las actas de infracción al edicto policial, entregando finalmente el dinero cuando ya las actas se encontraban irrevocablemente hechas, configura el delito de cohecho activo previsto en el artículo 258 del Código Penal en función del 256.

CNCCorr., sala IV, 8-7-80, "C., F.", BCNCCYC 1980-IX-185; D. J. 1996, t. VI-3, p. 187-21

Configura el delito de cohecho la acción del encausado, al ofrecer una dádiva al oficial de policía para que éste omitiera cumplir un acto funcional. El planteo de la defensa, en el sentido de que la conducta es atípica en base a que el procesado habría actuado bajo la influencia de un agente provocador, y que la consumación fue experimental, pues el funcionario habría decidido de antemano rechazar la oferta, lo cual habría evitado *ex ante* todo peligro de corrupción administrativa, debe ser rechazado. En efecto, el procesado adoptó por sí la decisión del hecho, lo que significa que no fue instigado, ya que nadie determinó inicialmente su actuación dolosa. Se trata de un delito de pura actividad, que no requiere de complemento externo o resultado

material que, simulado por un tercero con fines de aprehensión, pudiera conducir al denominado "delito experimental". La actitud del destinatario de la dádiva no pertenece al tipo objetivo del artículo 258 del Código Penal al punto que el rechazo del dinero—premeditado o sobreviniente, con prueba procurada o no—en nada afecta la integridad del injusto ya cometido por el autor con la simple propuesta venal.

CNCor., sala VII, 26-2-81, "H., E.", BCNCYC 1981-III-47; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 187-25

Configura el delito de cohecho la acción de ofrecer una dádiva al funcionario policial con el reconocido propósito de lograr a través de la suma de dinero ofrecida, que el preventor no ejecutara el acto propio de su función al comprobar la infracción del inculpaado de conducir un vehículo sin llevar consigo la documentación correspondiente.

CNCor., sala VII, 17-2-82, "B., C.", BCNCYC 1982-I-12; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 187

Comete el delito de cohecho en los términos del artículo 258 del Código Penal en función del artículo 256, el imputado que al ser detenido por un oficial de policía en lugar comprometido y accionando en forma sospechosa y por tratarse de un conocido "punguista", conforme lo autorizado por el artículo 34 del Código de Faltas, ofreció a aquel un billete de \$ 10.000 para que lo dejara ir en libertad.

Crim. 3° Nom. de Córdoba, 11-3-80, "D., F. J.", Supl. Prov. L. L. 1980-180 (340-SP); Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 187-27

Comete cohecho activo calificado, según la primera parte del artículo 258 del Código Penal, quien procura que a cambio de una suma de dinero se le entreguen prontuarios policiales a fin de hacerlos desaparecer.

Crim. 4° Nom. de Córdoba, 20-3-84, "C. N., L. E.", L. L. C. 1984-1359 (107-R); Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 186-20

II. Tipo subjetivo

Quien ofrece dinero a un policía para que no sustancie sumario, comete el delito de cohecho, acepte o no el policía el numerario; siendo irrelevante que el prevenido entendiera que era ilícito ofrecer dinero para que le fuera devuelta una boleta de depósito que se le había secuestrado, o que la dádiva respondiera a una sugerencia del receptor.

CNCCor., sala IV, 4-11-80, "F., F.", BCNCYC 1981-I-6; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 187-26

III. Sujeto activo. Autoría

Probado el interés de un funcionario público en la contratación directa para la cobertura de un importante servicio de renovación informática, conducta que evidencia una actividad unidireccional con injerencia decisiva sobre las autoridades del organismo contratante, logrando con ello a cambio y merced además a la actividad de funcionarios de la contratista principal, que otra empresa vinculada, estrecha aunque informalmente con el funcionario, sea favorecida con su subcontratación y sin fundamentos normales y reales que posibilite la canalización de la dádiva prometida (ver sumario relacionado perteneciente a los mismos actuados), el titular de la empresa subcontratista, que intervino en estas negociaciones con conocimiento y voluntad, cumple la descripción típica del artículo 265 del Código Penal. Esta es la de "persona interpuesta" a la que es atributable el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, en calidad de partícipe primario en concurso ideal con el delito de cohecho, en tanto que, una vez obtenida la inclusión de la empresa que representa, tuvo como propósito que el funcionario recibiera la dádiva prometida.

Incurren en el delito de cohecho activo, en calidad de partícipes primarios, en tanto no tuvieron el dominio total del hecho, otros accionistas y directivos de la subcontratista. Incurre en el delito de cohecho activo en calidad de coautor el funcionario de la empresa contratante principal cuyo accionar fue esencial para la inclusión de la subcontratista.

Comete el delito de cohecho activo, en concurso ideal con el de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública

blica, en calidad de partícipe primario, el titular de esa empresa subcontratista.

CN Fed.Corr., sala I, 8-4-2003, "M., J. A. y otros s/Procesamiento", PJN Intranet

V. Consumación

Basta para su consumación el solo ofrecimiento (delito instantáneo), el poner al alcance aunque no en la mano del funcionario el regalo de algún bien (o dinero, o crédito, o comercio sexual, etc.), no siendo necesaria la efectiva entrega de la cosa por parte del sujeto activo. Alcanza con tentar al funcionario a tomar algo, siendo indiferente la actitud que éste asuma, pues el delito se consuma tanto si acepta como si rechaza el ofrecimiento (voto del Dr. Riggi en mayoría).

CN Cas.Pen., sala III, 11-8-99, "M., P. y otro s/Recurso de casa-ción", c. 1833, PJN Intranet

La ejecución del delito de cohecho ocurre en distinto momento según que el corruptor ofrezca el bien o lo dé; si lo ofrece, el delito se consuma con la aceptación. Entre la recepción o aceptación manifiestas por el funcionario, y el acto objeto del acuerdo o contrato, debe establecerse una relación que para el cohecho propio y antecedente es de medio a fin, puesto que se recibe el dinero para cometer la violación y para el cohecho impropio esa relación antecedente o subsiguiente es de causalidad psicológica desde que el acto esta cumplido cuando se recibe o acepta el dinero o la utilidad (voto de la Dra. Capolupo de Duranona y Vedia—en mayoría—).

CN Cas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casa-ción", c. 1626, PJN Intranet

A diferencia de lo que ocurre con el cohecho pasivo, el artículo 258 del Código Penal no configura un tipo de codeinuencia necesaria, ya que el delito se puede consumir sin la contribución de un agente distinto; la dación o la oferta, guiadas subjetivamente por los delitos típicos bastan para la delictuosidad, sin necesidad de la concreción del acuerdo; por consiguiente, si bien el cohecho pasivo presupone un cohecho activo, éste no presupone un cohecho pasivo. En punto a su consumación, la misma se configura al dar la dádiva o al formular la promesa—ofrecer— o sea, cuando esas circunstancias

llegan a conocimiento del funcionario, consumándose el delito tanto si el funcionario acepta como si rechaza (voto del Dr. Madueño —en minoría—).

CNCas.Pen., sala II, 23-9-2002, "T., J. H. s/Recurso de casación", c. 3891

El artículo 258 del Código Penal reprime, entre otros actos, al que directamente ofreciere dádivas a un funcionario público, en procura de que haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, consumándose tal acción típica al formular la propuesta (ofrecer), al llegar a conocimiento del funcionario la proposición.

CN Fed.CCort., sala I, 13-11-97, "C., C. y M., D. s/Cohecho y encubrimiento", c. 29.140, J. A. Informática Jurídica Documentación Nº 9, 928

Para la ley penal basta con que el agente ofrezca la suma de dinero a un funcionario público, porque el cohecho activo es un delito formal que se consuma en el momento del ofrecimiento, sin que sea necesaria la aceptación por parte del funcionario al que se ofrece la dádiva.

CCrim. 4ª Nom. de Córdoba, 20-3-84, "C. N., L. E., L. L. C. 1984-1359 (107-R); Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 187-20

ADMISIÓN Y OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS (Art. 259, Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

Basta con que el oferente haya tenido conciencia y voluntad de entregar la dádiva y el funcionario voluntad de recibirla sin que sea menester un acuerdo o consenso previo, extremo éste no exigido por el artículo 259 del Código Penal, pues se trata de una figura irregular de cohecho, que no es bilateral ni le corresponde una forma activa autónoma (voto del Dr. Mitchell).

CNCas.Pen., sala II, 26-11-97, "C., J. F. s/Recurso de casación", c. 1404, PJN Intranet

La invitación formal por parte de una entidad pública no estatal sin fines de lucro, cursada a y aceptada por un senador para concurrir a un

congreso internacional en el exterior, no constituye ofrecimiento de un viaje de placer y si la concurrencia a un foro donde se tratan temas sobre cuestiones materia de debate parlamentario y por ende, tal ofrecimiento no constituye el delito previsto por el artículo 259 del Código Penal.

CN Fed. CCorr., sala I, 5-6-2001, "M. S., R. s/Denuncia", J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.5821, PJN Intranet

El aspecto objetivo del tipo del artículo 259, primer párrafo del Código Penal, se cumple cuando alguien presenta u ofrece dádivas a un funcionario público que permanece en ejercicio del cargo y éste, a su vez, las admite en tales condiciones.

CNCCorr., sala VII, 27-5-81, "V., V. J. y otros", BCNCYC 1981-VI-118; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 185-11

II. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo reclama que el dolo se refiera a todos los requisitos descriptivos y normativos mencionados, y además, que la dádiva sea entregada en consideración al oficio del receptor, lo cual excluye de la prohibición aquellos obsequios inspirados en vínculo o razón diversos (elemento subjetivo del tipo distinto del dolo).

CNCCorr., sala VII, 27-5-81, "V., V. J. y otros", BCNCYC 1981-VI-118; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 186-11

En el caso en examen, los procesados recibieron voluntaria y conscientemente no una dádiva, sino un regalo navideño, por cortesía, y en atención a las fiestas en que es práctica realizar estos regalos. No está acreditado, al menos sin duda alguna, el elemento subjetivo: dolo directo. El error ha alterado en el agente la significación jurídica presupuesta por la figura delictiva. Ricardo Levene, en *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 541, dice: "Es aquí necesario distinguir la dádiva de las simples atenciones que, aunque sean realizadas en consideración a su oficio, han sido impuestas por la costumbre y por ello no revisten antijuridicidad".

JFed. Nº 1 de Mendoza, sala B, 11-12-85, "F. c/G. G., C. y ot. p/Av. Inf. art. 259 del Cód. Pen. - Compulsa de autos 40.107", LD Textos

III. Supuesto en que no se configura la acción típica

La acción de los enjuiciados (funcionarios de la Policía Federal) al recibir como obsequio de un particular dos armas de fuego, no tipifica en el caso el delito del artículo 259, 1º párrafo del Código Penal, dado que por efecto probatorio corresponde admitir que las armas no fueron entregadas en consideración al oficio público de sus beneficiarios, sino que simplemente fueron dadas en carácter de liberalidad indiscriminada hacia el primer destinatario que quisiera aceptarlas, fuera funcionario o no.

CNCCor, sala VII, 27-5-81, "V. J. y otros", BCNCYC 1981-VI-118; Digesto Jurídico Derecho Penal L., año 1996, t. VI-3, p. 186-12

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS (Art. 260, Cód. Pen.)

I. Bien jurídico protegido. Fondos públicos

El Banco de la Nación Argentina es propiedad del Estado Nacional y, consecuentemente, es el Estado quien responde por su operatoria. Y precisamente dentro del banco es que puede apreciarse que las sumas en el pasivo de la institución. Ingresan, aunque como pasivo, en los recursos que la institución dispone, es decir que la entidad practica sus operaciones con los fondos propios, con los de otras entidades públicas o privadas, y con el dinero depositado por los particulares en sus cuentas. Los titulares de las cuentas bancarias tienen acreditadas en ellas las sumas de sus depósitos, cumpliendo el banco con entregarles la "cantidad" y no la "especie" depositada, pues los bienes depositados (en especial el dinero) son esencialmente fungibles. El agente como empleado público estaba funcionalmente vinculado, como receptor (cajero), con los caudales que se entregaban en el Banco Nación, y a partir de ese momento, al ingresar los fondos al ente autárquico, pasaban a ser públicos, y ello sin importar realmente el título por el cual los percibía (en nuestro caso, depósito en cuenta corriente). Por lo tanto, los fondos depositados habían ingresado al patrimonio de la administración en el instante en que eran recibidos por el empleado y ello así pues, como vimos, todo lo que el agente

público percibe en ejercicio de sus funciones lo hace por y para el Estado (voto del Dr. Mitchell) (se citó Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, ps. 314/5. Carreira, Daniel P., *Peculado*, Depalma, Buenos Aires, 1968, ps. 98 y ss. Esta es la tesis sustentada en un antiguo fallo de la Cámara Federal de Mendoza, publicado en J. A. 1944-III-772 —citado por Fontán Balestra en *Tratado de Derecho Penal argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 314— y CNCas.Pen., sala I, *in re* “B., L. J. s/Recurso de casación”, c. 1202, reg. 1677, 16-7-97; sala III, “F., M. C. s/Rec. de casación”, c. 1147, reg. 335/97, 20-8-97, BJCNCas.Pen., 1999, 4º trim.).

CNCas.Pen., sala II, 5-11-99, “L., G. L.”, c. 2256, reg. 2933.2 (Madueño, Fégoli, Mitchell), WebRubinzal penal6.2.1.3.r1

El bien jurídico protegido en el tipo penal previsto en el artículo 260 del CPP, lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos y privados depositados bajo custodia de un funcionario público o de alguno de los autores a que alude la ampliación del citado artículo; no es un delito patrimonial, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues este está en consideración de la función administrativa.

CNCCorr., sala V, 19-12-2000, “G., D. M.”, CD J. A.

Los fondos de las personas jurídicas estatales son también públicos. De esta manera los fondos que maneja el ente Comisión Mixta Río Paraná son fondos públicos puesto que el artículo VII del convenio aprobado por la ley 19.307 que crea a este organismo binacional dispone que ambos gobiernos sufragarán los gastos comunes que demandó su funcionamiento. Resulta, además, de aplicación al caso la opinión vertida por el Ministro de la Corte doctor Petracchi, en que, si bien refiere al status jurídico de la entidad binacional Yacireta, toma en consideración el hecho de que se trata de un organismo internacional, señalando que esa calidad no resulta óbice para que se lo considere una persona jurídica de carácter público y estatal fundado en la participación del Estado argentino en la creación y nombramiento de las autoridades y en la constitución de su capital y fiscalización. En función de estos argumentos, se ha de entender que los fondos que maneja el ente binacional “Comisión Mixta Argentino-Paraguaya Río Paraná”, se subsumen en el elemen-

to normativo que conforma el tipo previsto en el artículo 262 del Código Penal.

CNFed.CCcorr, sala II, 8-2-2000, "M., A.", c. 16.059, reg. 17.221, J. 8 – S. 16, *Boletín de Jurisprudencia* de la CNFed.CCcorr; WebRubinzal penal6.2.2.1.r1

Los fondos pertenecientes a una entidad autárquica del Estado Nacional como es el Banco de la Nación Argentina son fondos públicos (se citó Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, p. 284, Buenos Aires, Astrea, 1997).

CNFed.CCcorr, sala II, 19-9-2000, "M., J. O.", c. 16.695, reg. 17.980, J. 7 – S. 14, *Boletín de Jurisprudencia* de la CNFed.CCcorr; WebRubinzal penal6.2.2.2.r1

Debe recordarse que las diversas formas de malversación que comprende el Capítulo VII del Título XI, tienden a proteger el normal y regular desarrollo de la actividad patrimonial de la administración. Por lo tanto, las disposiciones del capítulo de referencia no miran la seguridad de los bienes como tales –interés propio de los delitos contra la propiedad–, sino que atienden una actividad funcional cuyo resguardo es lo que colectivamente interesa: la regular actividad patrimonial de la administración.

En ese contexto, la acción punible que describe el artículo 260 del Código Penal consiste en destinar los caudales o efectos dentro del ámbito de la administración pública, en forma distinta a la que tenían asignada. Por el contrario, en el caso de la conducta prevista por el artículo 261, párrafo primero, la acción consumativa es la de sustraer los caudales o efectos administrados, percibidos o custodiados, apropiación que se consuma cuando los caudales o efectos en posesión estatal por mano del funcionario, pasan ilegítimamente a la posesión particular de éste o de un tercero. Mientras que en el supuesto establecido en el segundo párrafo del mismo artículo 261, se trata de la utilización en beneficio –provecho– del agente o de un tercero, de actividades personales, corporales o intelectuales, cuyo precio haya satisfecho o deberá satisfacer una administración pública.

El bien jurídico tutelado por el artículo 260 del Código Penal es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la órbita de la administración y se menoscaba con la afectación de los mismos a fines que no sean los legalmente determinados, aun cuando no sean quitados de la pertenencia administrativa.

Capel. de Trelew, 6-5-99, "Honorable Consejo Deliberante Trelew", c. 10, CD J. A.

II. Tipo objetivo

La acción de malversación de caudales públicos –artículo 260 del Código Penal– consiste en dar una aplicación diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que administra el funcionario público, es decir, cambiar el destino que tienen fijado los bienes, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero, sin sacarlos de la administración, pues si esto ocurriese estaríamos frente al delito de peculado. Por ello, el caso de autos lejos está de encuadrar en alguna de las figuras que describe el artículo 260 del Código Penal, pues los imputados desviaron los fondos entregados hacia el patrimonio personal de un tercero (voto de la Dra. Capolupo de Durahona y Vedia).

CNCas. Pen., sala IV, 26-8-2002, "C., M. D. y otro s/Recurso de casación", PJN Intranet

Procede confirmar el procesamiento dispuesto en orden al delito de malversación de caudales públicos si se ha constatado que el imputado certificó falsamente el cobro de los haberes de sueldo del agente, así como que la firma estampada del lado del agente era de su autoría lo que posibilitaba el cobro indebido de los sueldos, si aquel había procedido a certificar falsamente la prestación de servicios a las personas antes mencionadas; si por medio de los peritajes caligráficos realizados se ha podido establecer que las firmas existentes en los recibos de sueldos cuestionados no pertenecen a quienes allí figuran como designados y además estas personas al prestar declaración han referido en lo sustancial que nunca prestaron funciones en el citado Consejo Deliberante de esta ciudad.

CNCCorr., sala I, 16-10-2002, "D. L. R., F.", c. 18.755, BCNCCyC Nº 4/2002; WebRubinzal penal6.2.2.4.r1

III. Autoría y participación

El delito del artículo 260 del Código Penal sólo puede ser cometido por los funcionarios públicos.

CSJN, 20-11-2001, "S., N. E. y otro", J. A. 2001-IV, B-338, CD J. A.

Resulta participe secundario el coimputado que no tiene la condición de funcionario público y favorece el accionar de los funcionarios distrayendo efectos patrimoniales en provecho personal.

CNCCorr., sala VI, 26-10-98, "F., H. y otros", J. A. 2001-II, B, síntesis; CD J. A.

PECULADO (Art. 261, Cód. Pen.)

I. Bien jurídico

Son fondos públicos los dineros que responden a la retribución de un servicio público, recibidos y vinculados directamente a los recursos ordinarios del Estado nacional, provincial o municipal. Los sustrae quien, con diversas maniobras, les da un destino distinto al fijado por la ley con el propósito de hacerlos ingresar al patrimonio de un partido político, determinado, siendo equiparables el que se apropia de dichos fondos y el que consiste en que otro los sustraga. El funcionario público que, mediante órdenes o instrucciones, o valiéndose de amenazas directas o encubiertas, dispone que se practiquen descuentos sistemáticos y proporcionales a otros funcionarios o empleados públicos, antes de abonarles sus sueldos mensuales, y con destino a la caja de un partido político, incurre en el delito de malversación de caudales públicos previsto por el artículo 261 del Código Penal.

STJ de Santa Fe, 17-9-43, "A., J.", L. L. del 30-5-44, 34-645

1. La naturaleza pública de los caudales o efectos susceptibles de ser objeto del peculado no reside en la circunstancia de que sean sometidos a riesgos extraños a los fines del fisco, porque la criminalidad del 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 pertenecientes a la administración pública que estaban a disposición de un funcionario público, al que le fueron encomendados en razón de su cargo para que los administrase, percibía o custodiase (voto del Dr. Ríggli).

2. El Código Penal argentino ha ubicado el peculado entre los delitos contra la administración pública, haciendo prevalecer de tal forma como razón para el castigo del hecho, la protección de la seguridad de los bienes de propiedad pública sobre la ofensa que la violación de esa seguridad implica para la propiedad pública o privada y para la fe pública (voto del Dr. Ríggli).

CNCas.Pen., sala III, 20-8-97, "F., M. C. s/Recurso de casa-ción", c. 1147, PJN Intranet

El delito de peculado es un delito de lesión, aunque ella no importe un perjuicio patrimonial, en tanto procura la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal comportamiento de la función patrimonial del Estado.

CNCCorr., sala VII, 8-7-99, "F. de I., R.", L. L. 2000-C-919 (42.734-S); CD L. L.

El encuadre de una conducta en el tipo de peculado, sólo requiere que tenga aptitud suficiente para hacer peligrar la normal y regular marcha de la actividad patrimonial pública. De ahí que para registrar el momento consumativo de este delito, basta con que el agente aparte de su destino específico, aunque sea momentáneamente, los fondos que le han sido confiados; sin tener relevancia alguna que luego rinda cuentas correctamente sobre su gestión. Desde ya que la lesión patrimonial puede existir, y es lo más común que ello ocurra, pero es ajena a la esencia de este delito, por cuanto su materialidad radica en quebrantar la seguridad legal que la administración ha establecido para preservar los caudales públicos. Basta, pues, comprometer el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad.

El otro parámetro que es necesario transitar para elucidar el tema en debate, se vincula con la acción típica del peculado definida por el verbo "sustraer", porque, precisamente, consiste en poner el dinero fuera de la custodia legalmente establecida por la autoridad competente, extrayendo el que está en caja y separando o apartando de la

esfera pública el recibido para hacerlo ingresar. Es decir, consiste en colocarlo en una objetiva situación de riesgo que el dinero del fisco no tiene por qué correr. Por ende, nuevamente, el momento consumativo en el peculado es independiente del efectivo perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado, dado que el solo peligro de que se produzca, importa la lesión que se quiere evitar con el fin de asegurar su regular desenvolvimiento administrativo.

Finalmente, en el aspecto subjetivo la acción no plantea particularidad alguna, ya que la voluntariedad propia de la culpabilidad se determina por la sola decisión asumida por el funcionario de separar el bien de su correspondiente esfera pública de custodia, sin que interese su posible y coetánea intención de beneficiar o de perjudicar; es más, en modo alguno se requiere como contenido del dolo el ánimo de defraudar ni el propósito adicional de intervenir el título por el cual se tienen los valores recibidos.

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A. s/Denuncia",
PJN Intranet

En el delito de peculado, puede existir la lesión patrimonial, pero es ajena a la esencia del delito. En efecto, su materialidad radica en quebrantar la seguridad legal que la administración ha establecido para preservar los caudales públicos. Basta, pues, comprometer el dinero, porque ello es suficiente para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad (del voto del Dr. Mansur).

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A.", L. L. 1996-E-361, con nota de Efraín I. Quevedo Mendoza; D. J. 1997-1-302; CD L. L.

II. Tipo objetivo

El uso indebido de un vehículo oficial no implica peculado por sustracción de bienes públicos en la medida que no implique consumo, destrucción o transformación de los bienes. La consumición, del combustible de un vehículo, sufragada por un ente autárquico del Estado, puede ser captada como una hipótesis del peculado por sustracción previsto en el artículo 261, párrafo 1º del Código Penal.

A su vez, el empleo en provecho propio o de un tercero—por parte del

funcionario—de servicios pagados por una administración pública (en el caso un chofer), puede constituir el peculado de servicios, contemplado en el artículo 261, 2º párrafo, Código Penal.

Existe un concurso aparente entre el tipo previsto en el artículo 37 del decreto-ley 6582/58, ratificado por ley 14.467, vigente en la época de los hechos, que por contemplar una previsión más específica desplaza a las hipótesis de peculado, aplicables por la utilización de la nafta y del chofer del vehículo.

STJ de Córdoba, 6-4-99, "P., J.", sent. 34, expie. 4/98

1. Comete peculado el funcionario que, en razón de su cargo, le ha sido confiada la administración, percepción o custodia de los caudales o efectos públicos. Para ello es suficiente que el funcionario público (*intraneus*) ejerza las funciones de habilitado, asumidas por encargo de la autoridad, independientemente de toda formalidad para o al tomar posesión de las mismas. Si no existen disposiciones legales precisas que le prohíban esa actividad especial, el consentimiento superior expreso o tácito a esa relación funcional, así como excluye la usurpación de funciones, crea el ligamen necesario entre el agente y los dineros para la aplicación del artículo 261 (con cita de STJ de Córdoba, Sala Penal, sent. 23, 19-9-69, "G.,").

2. La acción típica del peculado (art. 261, Cód. Pen.) consiste en sustraer los caudales o efectos públicos, esto es, sacarlos o quitarlos del ámbito de custodia de la administración. Sustraer significa apropiarse, lo que requiere el empleo en provecho propio o de un tercero del caudal público, aunque no sea definitivo, como ocurre con el funcionario que así lo hace pero piensa luego "devolverlo".

3. No existe peculado (art. 261, Cód. Pen.) si la imputada se limitó a depositar los fondos en una cuenta de caja de ahorro personal pero sin confundir caudales públicos con personales, ya que todos los fondos depositados eran públicos. Tal situación podría considerarse una mera inobservancia de disposiciones reglamentarias que obligan a los funcionarios a mantener la separación de los fondos públicos en los que si no hay faltante alguno no entran en el concepto de sustracción peculadora. La imputada no ha efectuado acto delictivo que importe el quebrantamiento de la actividad patrimonial del municipio del que era funcionaria: no ha dado al monto de los cheques depositados un destino diferente al previsto. El mero depósito de los subsidios en una cuenta personal en la que sólo había otros fondos públicos, hasta la

aplicación según su destino no importa un acto de apropiación, que es lo que reprime el delito.

STJ de Córdoba, 7-12-99, "E., F. A.", sent. 138, expte. 5/98

La acción reprimida en el peculado consiste en sustraer precisamente los caudales o efectos administrados, percibidos o custodiados. Pero debemos tener en cuenta que sustraer no se equipara al apoderamiento propio de la acción del hurto, ni tampoco puede dársele un significado de apropiación; pues apoderarse implica la voluntad de quitar el bien cuya tenencia está en una esfera de custodia ajena para hacerlo ingresar en la propia, y apropiarse implica disponer de la cosa a título de dueño. La conducta propia del peculado es la de apartar, separar o extraer, y se configura con el quebrantamiento de la esfera de custodia en la que se encuentra el bien, determinada por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente, y cuya titularidad corresponde al funcionario autor del ilícito. Cabe aclarar que puede configurarse la acción de peculado a través de una verdadera apropiación, pero los requisitos de ésta no son imprescindibles para aquélla. Por ello, y en el caso de la custodia, la sustracción se consuma cuando los caudales o efectos en posesión estatal por mano del funcionario, pasan ilegítimamente por su obra a la posesión particular de éste o de un tercero, sin que queden dentro de otra esfera de custodia perteneciente a la administración (voto del Dr. Riggi).

CNCas.Pen., sala III, 20-8-97, "F., M. C. s/Recurso de casación", c. 1147, PJN Intranet

El imputado no ingresó a su debido tiempo y como estaba obligado los fondos percibidos y con ese accionar los sustrajo de la entidad bancaria. Y ello con prescindencia de que haya querido incorporarlos a su propia tenencia o los haya dispuesto como podría hacerlo su dueño, puesto que, como acertadamente expresa Crenus, sustraer el que se encuentra, aunque no lo haga regido por aquellas direcciones de la voluntad. Este delito exige entonces la sustracción de los fondos de la administración pública; consiste en el acto de poner fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones los coloquen; y se consuma no habiéndolos ingresar a la administración cuando se tenía el deber de hacerlo. No se requiere que se cause un daño efectivo al patrimonio y no reviste

trascendencia jurídico-penal que el funcionario o empleado público restituya posteriormente la suma o efectos sustraídos. La posterior conducta del empleado público infiel en este sentido no tendrá valor alguno para desincriminar el hecho dolosamente cometido (voto del Dr. Mitchell).

CNCas.Pen., sala II, 5-11-99, "L., H. L. s./Recurso de casación", c. 2256, PJN Intranet

1. No cometen el delito de malversación de caudales públicos aquellos imputados que desviaron, en provecho del presidente de una asociación, el dinero que depositara una Secretaría del Estado nacional en concepto de subsidio para la misma, pues los delitos que contempla el artículo 260 del Código Penal consisten en darles a los fondos públicos una aplicación diferente de aquella a que estén destinados los caudales o efectos que administrara el funcionario público, es decir, cambiar el destino que tienen fijado los bienes, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero y sin sacarlos de la administración, toda vez que si esto ocurriese estaríamos frente al delito de peculado.

2. Resulta improcedente subsumir en la figura de malversación de caudales públicos la desviación de los depósitos hechos por el Gobierno Nacional, en forma de subsidio, a una federación para beneficiar personalmente al presidente de dicha entidad si no se encuentra demostrada la existencia de un depósito formalmente diferido desde el punto de vista legal, pues para que se dé la protección del artículo 263 del Código Penal se exige, además de la resolución constitutiva del depósito hecha por autoridad judicial o administrativa—legalmente facultada, la designación del depositario al que se encomienda la custodia o cuidado de esos bienes o caudales, la aceptación, por parte del nombrado, de las obligaciones conferidas y la tradición de la cosa objeto del depósito sujeta a restitución (del voto de la Dra. Berraz de Vidal).

3. Corresponde subsumir en el delito de administración fraudulenta el accionar de los imputados que desviaron, para provecho del presidente de una asociación, los fondos públicos entregados a una entidad en concepto de subsidio toda vez que es autor del delito el que había tenido a cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar un daño, es decir, que el sujeto

activo de este delito puede perjudicar los bienes o intereses pecuniarios a él confiados, a través de la procuración de un lucro indebido a favor de un tercero.

CNCas.Pen., sala IV, 26-8-2002, "C., M. D.", L. L. 2003-A-27; D. J. 2003-I-381; CD L. L.

Hay sustracción 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 esta 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 destinados al consumo privado del matrimonio, los fondos reservados atinentes al servicio público fue-

ron 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.

Cacus. de Córdoba, Secr. Nº 1, 22-10-76, "V., O. E.", A. I. 195, cit. en Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 275

La conducta descripta por el artículo 265 del Código Penal exige para ser punible la existencia de un funcionario público que se interese, directamente o por persona interpuesta o por acto simulado, en un contrato u operación en el cual inter venga por razón de su cargo. Por ello se ha dicho que el interés debe referirse sólo a contratos, cualquiera sea su objeto, o a operaciones, esto es, actos de naturaleza patrimonial de otra índole (Muñoz, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, vol. II, Lerner, Córdoba, 1992, ps. 130/31). Así, la realización de trámites relativos a la obtención de un registro independiente o el permiso para la habilitación de un templo, todas ellas diligencias gratuitas que no exigen firma de letrado y que no pueden entenderse como contratos u operaciones, no están incluidas en el tipo penal aludido.

CN Fed. CCorr., sala I, 5-10-2000, "C., J. C.", c. 32.122, reg. 963, J. 6 - S. 11, BCNCGC; WebRubinzal penal 6.5.3.1.r1

A los fines del artículo 261 del Código Penal, la expresión "sustraer" no exige apoderamiento ni apropiación, siendo suficiente la violación de la custodia.

CNCCorr., sala VI, 24-4-95, "D., C.", CD J. A.

La acción típica del delito de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 260 del Código Penal, consiste en dar a los caudales o efectos una aplicación diferente de la que corresponde, de manera que el destino no resulte el establecido legalmente, sino otro, que arbitrariamente impone el funcionario. Por tanto, hasta tanto no se determine con precisión, si el dinero utilizado para realizar las remodelaciones edilicias encaradas por los funcionarios contaba con respaldo presupuestario previo y en su caso,

si las mejoras concretadas se corresponden a la inversión realizada, en base al presupuesto que regía para estas operaciones, debe revocarse el procesamiento decretado y dictar la falta de mérito de los incurso.

CNCContr., sala I, 26-5-2003, "F., A. C.", c. 19.218, PJN Intranet

La acción típica del peculado, definida por el verbo sustraer, consiste en poner el dinero fuera de la custodia legalmente establecida por la autoridad competente, extrayendo el que está en caja y separando o apartando de la esfera pública el recibido para hacerlo ingresar. Es decir, consiste en colocarlo en una objetiva situación de riesgo que el dinero del fisco no tiene por qué correr. Por ende, su momento consumativo es independiente del efectivo perjuicio patrimonial, dado que el solo peligro de que se produzca importa la lesión que se quiere evitar (del voto del Dr. Mansur).

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A.", L. L. 1996-E-361; D. J. 1997-I-302; CD L. L.

La conducta del funcionario público que utiliza para sí o para otros los caudales públicos que le han sido confiados, encuadra en el término "sustraer" que utiliza el artículo 261 del Código Penal para tipificar al delito de peculado.

CPen. de Venado Tuerto, 28-12-95, "C., O. E.", L. L. Litoral 1998-I-565; CD L. L.

Sustraer o sustraer, en el contexto del artículo 261 del Código Penal, significa que el custodio del bien se aparta de los deberes de su cargo para apropiarse de él o para usarlo indebidamente, sacándolo del ámbito que le fue asignado dentro de la administración pública, o permite que otro haga ilusoria su vigilancia al consentir que extraiga el bien sin adoptar medida alguna para impedirlo y omite dar noticia a la autoridad pertinente.

CCrim. de Comodoro Rivadavia, 14-6-2000, "A., M. W.", CD J. A.

I. 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 consume 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 desde el punto de vista de sus riesgos.

2. 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.

3. ... La acción consumativa del peculado es la de sustraer los caudales o efectos administrados, percibidos o custodiados. La sustracción no equivale al apoderamiento constitutivo del hurto, porque no implica un acto de apoderamiento del bien cuya tenencia está en manos ajenas. Sustraer en el sentido del artículo 261, el funcionario público que ilegítimamente se apropia de los caudales o efectos públicos que administra, percibe o custodia...

4. La sustracción de dinero consuma siempre el peculado, aun cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectiva-mente se lo restituya...

CCrim. de Comodoro Rivadavia, 21-3-2001, "A., M. B.", CD J. A.

La acción del verbo sustraer en el artículo 261 del Código Penal no equivale al apoderamiento constitutivo del hurto, porque sustraer en el sentido de dicha norma, el funcionario público que ilegítimamente se apropia de los caudales o efectos públicos que administra, percibe o custodia.

CPen. 3º de La Plata, sala III, 29-4-93, "A., A.", P 81799, RSD-79-93, juez Sanucci (SD) (UBA)

III. Tipo subjetivo

El artículo 261 del Código Penal, para precisar la figura de malversación de caudales públicos emplea el verbo sustraer, lo cual supone el propósito avieso, la intención fraudulenta, el deseo de apropiarse de caudales o efectos de la administración pública (en igual término este tribunal en anterior composición L. 50, F. 95), lo cual a su vez implica no sólo el conocimiento del carácter de los bienes de su función sino también la voluntad de quebrar la tutela pública sobre ellos.

CSJN, 11-11-96, "Sumario para averiguar procedencia de elementos varios propiedad de la Fuerza Aérea Argentina-Río Cuarto", PJN Intranet

Debe descartarse el tipo penal del artículo 261 del Código Penal, aun cuando los directores del Instituto Autárquico Provincial del Seguro, por resolución 1275/91, dispusieron un pago graciable. No toda liberalidad efectuada por una entidad estatal o creada por el Estado es ilícita ni permite inferir en las personas que ocupan el órgano que la dispuso el dolo que exige el delito del artículo 261 del ordenamiento sustantivo. Baste advertir que el artículo 78 del decreto-ley 7060/83 de Procedimientos para Trámites Administrativos de la Provincia al regular el "recurso de gracia" está autorizando—valga la redundancia—la posibilidad de un acto gracioso de la autoridad, que tiene una dosis elevadísima de discrecionalidad para el otorgante, fundado sólo en "razones de equidad". El propio Superior Tribunal de Justicia, en pleno, en ejercicio de las potestades del artículo 166 de la Carta Provincial ha otorgado actos de tales características (vgr., Acuerdo general Nº 39/2000 del 12 de diciembre de 2000, punto 6°, "A., C. A. s/Pago subsidio"), desechando cualquier suposición siquiera de mendiar actitud dolosa de los integrantes del Alto Cuerpo. Tanto más la existencia del elemento subjetivo es más compleja en organismos como el Instituto Autárquico Provincial del Seguro, cuya actividad es predominantemente comercial (cfr. STJ de Entre Ríos, en pleno, *in re* "M. de C. c/Consejo General de Educación de la Prov. de Entre Ríos e Instituto Autárquico Provincial del Seguro de E. Ríos", sent. del 30-4-90), conforme lo establece el artículo 4° de la ley 5288, teniendo su directorio la facultad para realizar "todo acto de adquisición o disposición de cualquier clase de bienes y derechos" (art. 10, inc. 4°, *idem*). Sus agentes están marginados del ordenamiento regulador del empleo público, resultándoles aplicables las normas laborales ordinarias (art. 11), como así también sus controversias se debaten ante los tribunales comunes, fuera del ámbito competencial del fuero contencioso-administrativo.

STJ de Entre Ríos, sala I, 15-5-2001, "Fisc. Invest. Adm. de la Prov.", WebRubinzal penal6.13.1.1.r1

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 impondría y dar cuenta a la superintendencia, 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.

CAcus. de Córdoba, Secr. Nº 1, 22-4-81, "N., J. E.", A. I. 40, cit. en Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 277

Como aspecto subjetivo del delito de peculado no interesa la intención de beneficiar o perjudicar. No se requiere como contenido del dolo el ánimo de defraudar ni el propósito adicional de intervenir el título por el cual se tienen los valores recibidos (del voto del Dr. Mansur).

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A.", L. L. 1996-E-361, con nota de Efraín I. Quevedo Mendoza; D. J. 1997-I-302; CD L. L.

La configuración subjetiva del peculado se da cuando el agente, a sabiendas de su condición funcional, obra en conocimiento de que sustraer caudales o efectos públicos y con la voluntaria determinación de sustraerlos sin que sea menester ánimo alguno específico.

CCCorr. de Bell Ville, 23-8-99, "L., S. J. y otros", L. L. C. 2000-579; CD L. L.

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.

CCrim. 9º Nom. de Córdoba, 23-12-97, "B., C. y otros", L. L. 1998-E-754 (40.768-S); L. L. C. 1998-503; CD L. L.

IV. Supuestos en particular

El gobernador de la provincia, el ministro de Hacienda y Obras Públicas, el ministro de Gobierno e Instrucción Pública, el presidente del directorio de obras públicas, el jefe de policía, tienen confiada, en razón de sus cargos, la administración, percepción o custodia de los fondos públicos, y cometen malversación de caudales públicos si

distraen, en beneficio de una agrupación política, sumas de dinero que integraban el patrimonio del Estado para ser distribuidas en el pago de sueldos al personal administrativo, antes de que hubieren ingresado al patrimonio de los empleados.

El funcionario público que, mediante órdenes o instrucciones, o valiéndose de amenazas directas o encubiertas, dispone que se practiquen descuentos sistemáticos y proporcionales a otros funcionarios o empleados públicos, antes de abonarles sus sueldos mensuales, y con destino a la caja de un partido político, incurre en el delito de malversación de caudales públicos previsto por el artículo 261 del Código Penal.

STJ de Santa Fe, 17-9-43, "A., J.", L. L. del 30-5-44, 34-645

Corresponde homologar el procesamiento dictado en orden al delito de peculado - artículo 261 del Código Penal - atento a la conducta desplegada por los encartados que en su calidad de funcionarios municipales cobraron un cheque para pagar salarios atrasados y una parte de su importe no tuvo el destino asignado, esto es, solventar las deudas de la entidad con el personal de las colonias infantiles, mediante la adulteración de recibos y contratos con distintos prestadores inexistentes.

CNCorrt., sala VI, 26-10-98, "F., H. y otros", CD J. A.

Configura peculado la conducta del magistrado judicial que reiteradamente deposita fondos públicos en una cuenta particular, soslayando el obligado reintegro a la cuenta judicial de donde los había extraído, aun cuando la conducta en reproche no haya causado un efectivo perjuicio patrimonial a la administración.

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A.", CD J. A.

Corresponde declarar culpable como autor del delito de peculado - artículo 261, Código Penal - al funcionario que afectó fondos de la esfera de custodia a su cargo a pagos de empleados que están al servicio de otra administración - en el caso, se abonó con fondos comunales a beneficiarios del plan Trabajar -, pues cabe considerar que dichos bienes salieron del erario público indebidamente (del voto en disidencia del Dr. Crippa García).

CPen. de Rosario, sala III, 9-3-2001, "S., O. C.", L. L. Litoral 2002-274; CD L. L.

El encuadre de una conducta en el tipo de peculado, sólo requiere que tenga aptitud suficiente para hacer peligrar la normal y regular marcha de la actividad patrimonial pública. De ahí que para registrar el momento consumativo de este delito, basta con que el agente aparte de su destino específico, aunque sea momentáneamente, los fondos que le han sido confiados; sin tener relevancia alguna que luego rinda cuentas correctamente sobre su gestión. Desde ya que la lesión patrimonial puede existir, y es lo más común que ello ocurra, pero es ajena a la esencia de este delito, por cuanto su materialidad radica en quebrantar la seguridad legal que la administración ha establecido para preservar los caudales públicos. Basta, pues, comprometer el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad".

El otro parámetro que es necesario transitar para elucidar el tema en debate, se vincula con la acción típica del peculado definida por el verbo "sustraer", porque, precisamente, consiste en poner el dinero

V. Consumación

Comete el delito de peculado –artículo 261, primer párrafo del Código Penal– el legislador que en razón de su condición pudo acceder al manejo, virtualmente discrecional, de un monto mensual de dineros públicos que tenían una finalidad y a los cuales dio otro destino, en beneficio propio y también del partido al que pertenecía.

TCrim. Nº 1 de Necocheá, 21-6-2002, "R., R. A.", L. L. B. A. 2002-1129; CD L. L.

Comete el delito de peculado aquel funcionario público –en el caso, cabo 1º de la policía bonaerense– que sustrajo los fondos recibidos en concepto de pago de tasas por actividades administrativas, falsificando luego las boletas de depósito para que éstas coincidieran con el dinero percibido, sustracción que se encuentra comprobada mediante la diferencia existente entre los fondos percibidos, los rendidos y los efectivamente depositados en la cuenta fiscal, tarea que exclusivamente se encontraba a cargo de la imputada y por cuyas solas manos pasaba la operatoria.

fuera de la custodia legalmente establecida por la autoridad competente, extrayendo el que está en caja y separando o apartando de la esfera pública el recibido para hacerlo ingresar (cfr. Carrera, ob. cit., ps. 137/139). Es decir, consiste en colocarlo en una objetiva situación de riesgo que el dinero del fisco no tiene por qué correr. Por ende, nuevamente, el momento consumativo en el peculado es independiente del efectivo perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado, dado que el solo peligro de que se produzca, importa la lesión que se quiere evitar con el fin de asegurar su regular desenvolvimiento administrativo.

Finalmente, en el aspecto subjetivo la acción no plantea particularidad alguna, ya que la voluntariedad propia de la culpabilidad se determina por la sola decisión asumida por el funcionario de separar el bien de su correspondiente esfera pública de custodia, sin que interese su posible y coetánea intención de beneficiar o de perjudicar; es más, en modo alguno se requiere como contenido del dolo el ánimo de defraudar ni el propósito adicional de intervenir el título por el cual se tienen los valores recibidos.

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A. s/Denuncia", c. 1383, PJN Intranet

Debe ser considerado autor del delito de peculado por sustracción de caudales, delito previsto en el artículo 261 del Código Penal, el juez que depositó en la cuenta corriente bancaria de su esposa las sumas recibidas en el juzgado para el pago de anticipos de haberes del personal, aunque luego los haya resituido. En efecto, lo importante en casos como éste es haber empeorado la situación del dinero desde el punto de vista de sus riesgos, aun cuando se haya obrado con propósito de restitución, pues no implica inexistencia de lesión patrimonial la devolución de lo sustraído.

CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A.", L. L. 1996-E-361, con nota de Efrain I. Quevedo Mendoza; D. J. 1997-I-302; CD L. L.

VI. Autoría y participación

El secretario electoral de la provincia que participa en la malversación de caudales públicos cometida mediante descuentos practicados en los sueldos del personal del Estado, con destino a un partido político,

es responsable en los términos del artículo 45 del Código Penal. Los miembros de la agrupación política que reciben y depositan los caudales malversados en sus cuentas bancarias, son cooperadores no esenciales (art. 46, Cód. Pen.) en la malversación.

TSJ de Santa Fe, 17-9-43, "A., J.", L. L. del 30-5-44, 34-645

1. En el análisis del artículo 261 del Código Penal, la doctrina afirma que "percepción" es la función de recibir bienes para la administración pública, sea para ingresarlos o para regresarlos a ella. Se discute si tal recepción debe serlo en propiedad o basta que se la reciba en cualquier otro concepto, siempre que sea para la administración pública (por ej., depósito, garantía), pero, en cuanto a la exigencia de que los bienes sean públicos, éstos o deben pertenecer a la administración o deben ingresar en ella con la finalidad de penetrar en esa pertenencia. Dándose el hecho de la pertenencia o de la entrada del caudal o efecto para ingresar en aquélla, poco importa realmente el título por el cual se lo perciba (adquisición, cobro, transferencia) (Cresus, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, p. 329).
2. Si bien según el artículo 261 del Código Penal la percepción debe haber sido confiada al funcionario en razón de su cargo, es decir porque su cargo lo hace competente para desarrollar tales funciones, la doctrina actual se ha pronunciado pluralmente en el sentido de que la ley no se refiere a la entrega facultativa, sino a la impuesta o autorizada por las prescripciones administrativas en cuanto otorgan competencia al funcionario para administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos (Cresus, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, p. 330).

3. La tesis que concibe al escribano como funcionario público o como profesional que cumple una función pública encuentra respaldo en importante doctrina y es la orientación que emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el *sub jure*, habiendo sentado que el escribano podía ser considerado funcionario público a los fines de la autoría del delito por el que fuera procesado, y entendiendo que también concurrían los demás elementos previstos por el artículo 261 del Código Penal —sustracción de caudales cuya percepción le fuera confiada a aquél por razón de su cargo—, el a quo concluyó en la responsabilidad criminal del recurrente, solución ésta que encuentra justificación bastante en las reglas de nuestro ordenamiento, a la vez que tutela de manera razonable el bien jurídico

comprometido en la causa, esto es, el cumplimiento regular de las actividades vinculadas a la formación y protección del patrimonio del Estado, que posibilitan el cumplimiento de los elevados fines que éste debe perseguir. Por tanto, fundado el pronunciamiento en una hermenéutica razonable de las normas en juego, que satisface las exigencias del artículo 95 de la Constitución de la Provincia, resulta inusceptible de descalificación a la luz de lo que impone el debido respeto del derecho a la jurisdicción (de la ampliación de fundamentos del Dr. Barraguitre).

CSJ de Santa Fe, 3-12-97, "C., O. E.", CD J. A.

El sujeto activo de peculado sólo puede ser un funcionario público al que en razón de su cargo se le ha confiado la administración (disposición), la percepción (ingreso) o custodia (caudal) de caudales o efectos públicos; es decir, el autor de este delito deberá ser competente de iure o de facto para administrar, percibir o custodiar caudales o efectos (voto del Dr. Riggi).

CNCas.Pen., sala III, 20-8-97, "F., M. C. s/Recurso de casa-ción", c. 1147, PJN Intrane

1. A los fines de la configuración del delito de peculado del artículo 261 del Código Penal administra quien, con arreglo a los ordenamientos respectivos, está facultado a disponer de los bienes y el que comparte con otros la facultad de disposición de los caudales o efectos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas.

2. El autor del delito de peculado -artículo 261, Código Penal- custodia los caudales o efectos en su poder cuando su función consiste en tenerlos bajo su cuidado y conservación, sea a título de depósito o a otro que signifique la tenencia de los bienes.

CNCas.Pen., sala I, 31-10-2001, "M., E. E.", L. L. 2001-B-397; CD L. L.

VII. Peculado de bienes y servicios

El tipo penal de peculado de trabajos y servicios previsto en el párrafo segundo del artículo 261 del Código Penal exige, para que la conducta pueda ser considerada típica, que se trate de trabajos y servicios pagados por la administración pública. Si se encuentra comprobado que el imputado, en su carácter de alcalde de la unidad penitenciaria,

requirió a dos internos la reparación de su vehículo particular en el taller de la unidad, ello permite tener por configurada la tipicidad del delito en cuestión.

CNCCor., sala IV, 30-4-2003, "E., P., N. y otro", c. 20.647, P.JN Intranet

La conducta del funcionario público que abona con dinero público trabajos o servicios que se efectuaron en provecho propio—en el caso, los honorarios del abogado que defendiera en juicio a un intendente municipal—configura el delito de defraudación calificada—prevista en el artículo 173, inciso 7° en función del 174, inciso 5° del Código Penal—y el de peculado establecido por el artículo 261, inciso 2° del mismo Código (del voto del Dr. Nou).

CCCOr. de Río Tercero, 23-6-99, "D. de P., N. y otros", L. L. C. 2000-243, con nota de Luis R. Carranza Torres; CD L. L.

El delito de peculado queda consumado con la utilización de los trabajos o servicios, cuyo precio haya sido satisfecho o se deba a una administración pública en provecho del funcionario disponente o de un tercero, en cuyo caso, éste es un interviniente en el hecho delictivo que puede considerarse inculpaible o partícipe necesario. El delito, imputable a título de dolo, admite el dolo eventual, esto es que a la par de la conciencia de la naturaleza de los trabajos o servicios, requiere la voluntad (aunque probable) del provecho que el autor o un tercero obtiene de los trabajos o servicios.

CCrim. 9° Nom. de Córdoba, 23-12-97, "B., C. y otros", L. L. 1998-E-754 (40.768-S); L. L. C. 1998-503; CD L. L.

MALVERSACIÓN CULPOSA (Art. 262, Cód. Pen.)

1. El tipo del artículo 262 del Código Penal obra como ley penal en blanco cuando alude a los "reglamentos de su cargo". Tales reglamentos podrán integrarse, pues, con la costumbre, pero para ello, antes deben, necesariamente, existir. A falta de todo reglamento, no hay integración con base en la costumbre de la que pueda echarse mano para completar el delito inculpaible, sin caer en la analogía.

2. No establecida una obligación de entrega diaria de la recaudación, dejaría dentro del puesto que era la propia oficina de la dependencia

en que el agente realizaba la tarea y dentro de una caja de seguridad cerrada con llave no configura negligencia.

CNCas.Pen., sala II, 30-5-97, "B., V.", J. A. 1998-III, B-243; CD J. A.

La costumbre de llevar diariamente la recaudación de la casilla-boltería a la Intendencia de Parques Nacionales no es un deber impuesto al inculpado, sino una modalidad voluntariamente adoptada, más allá de sus obligaciones propias.

CNCas.Pen., sala II, 30-5-97, "B., V.", J. A. 2001-II, síntesis; CD J. A.

No establecida la obligación de entrega diaria de la recaudación, el dejarla dentro del puesto que era la propia oficina de la dependencia en la que realizaba su tarea y dentro de una caja de seguridad cerrada con llave, no lo muestra al imputado como desatento de la custodia de esos efectos. Por lo que no cabe formularle reproche penal, toda vez que en su conducta no se advierte, con las exigencias del tipo previsto por el artículo 262 del Código Penal, una infracción al deber de cuidado, en la medida en que le había sido impuesto y le era exigible en el caso concreto, dadas las modalidades y circunstancias del hecho, de manera tal que pudiera atribuirsele desprecio por los bienes jurídicos ajenos.

CNCas.Pen., sala II, 30-5-97, "B., V.", J. A. 2001-II, B, síntesis; CD J. A.

La conducta típica de malversación culpable es aquella que da la "...ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos que han sido confiados al funcionario en razón de su cargo [...] y da ocasión quien pone una condición que facilita o permite consumir la sustracción; es decir lo hizo quien creó una 'oportunidad positiva-dora' (Núñez) para que el tercero sustrajese los caudales o efectos de modo como lo realizó [...] La conducta culpable del funcionario tiene que haber hecho posible la sustracción en el caso concreto..." (conf. Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, t. 2, p. 302, Astrea, Buenos Aires, 1995). "...la acción dolosa debe guardar una estrecha relación con la culpa del funcionario: ésta debe haber dado la ocasión de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito..." (Solier, *Derecho Penal argentino*, p. 242, Tea, Buenos Aires, 1996). Por ello el hecho de haber olvidado las llaves de una caja fuerte

en el cajón de su escritorio, que a su vez estaba cerrado con llave dentro de una oficina, también cerrada de la misma forma y en un edificio que cuenta con vigilancia permanente, no constituye aquella conducta típica, como tampoco el hecho de que el imputado le haya informado tal circunstancia al encargado del edificio.

CN Fed. CCor., sala I, 8-2-2001, "G., A. D.", c. 32.623, reg. 25, J. 6 - S. 11, BCN CYC; WebRubinzal penal.6.2.3.1.r1

1. El artículo 262 del Código Penal es un tipo penal que presenta una estructura irregular pues al sujeto activo se le reprocha la violación de un deber de cuidado cuando dicha conducta culpable se conjuga con la acción de un tercero que, aprovechando la situación creada, dolosamente sustraer caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia fueron conferidos al agente, de modo que no se castiga la sustracción (separación) culpable de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro los sustraiga dolosamente.

2. Cabe reputar como negligente el accionar de la legisladora pues no tomó los recaudos mínimos para verificar la veracidad de lo que su secretario le llevaba plasmado en una disposición que otorgaba un subsidio, firmando sin más la misma, desentendiéndose del tema. También fue imprudente porque la cantidad de disposiciones debieron alertarla de que algo extraño estaba sucediendo. Es claro entonces que con su conducta dio ocasión para que su secretario sustrajera los fondos públicos, al crear la oportunidad de su parte de al menos conocer a las personas o representantes de las entidades a las que otorgaba un subsidio, merituar por sí misma si la ayuda económica solicitada era real, desentrañar si efectivamente existía una necesidad que mereciera ser satisfecha con fondos públicos, finalmente interesarse personalmente si los fondos solicitados y otorgados habían llegado a destino. En definitiva, dicho deber encerraba la obligación de verificar la veracidad de lo que su secretario le llevaba plasmado en la disposición, violando el deber de cuidado porque desconocía si efectivamente algunos de los económicamente auxiliados mediante cada una de las disposiciones que firmaba, realmente así lo habían solicitado, ni siquiera si realmente existían, tampoco si de acuerdo a sus condiciones socioeconómicas, realmente los necesitaban y menos aún si antes, algún otro subsidio les había acordado.

3. Del propio texto legal del artículo 262 del Código Penal surge la

posibilidad de elección entre "imprudencia", "negligencia" e "inobservancia de los reglamentos a su cargo" al utilizar la conjunción alternativa "o" de forma tal que, la imprudencia o negligencia puede surgir aun cuando la reglamentación no establezca expresamente un deber a cargo del agente. En función de ello, no resulta relevante en la especie que la reglamentación no le impusiera dicho control, pues el deber de cuidado de la legisladora iba más allá del cumplimiento o no de las normas, por los que tenían el deber de tramitar eficientemente los pasos posteriores que ella misma iniciaba. La determinación de que una conducta es culpable depende de parámetros que la ley solamente enuncia, debiendo buscar el intérprete cuál es la materia de la prohibición. Para ello acude a pautas que permiten poner en vigencia la idea de que la norma dirige a los destinatarios hacia un comportamiento correcto; de allí que se diga que el tipo de los delitos imprudentes es abierto. En definitiva, todo conduce a la apreciación de si la conducta realizada se apartó del baremo ideal del ciudadano requerido para que la vida comunitaria se desarrolle en armonía.

4. Las características de la ley exigen que en cada situación, o sea en cada caso concreto que se juzgue se concrete cuál era el deber de cuidado que incumbía al autor. Es preciso, por lo tanto, definir el deber de cuidado una vez conocidas concretamente las circunstancias en las que se desarrolló la acción. La tipicidad de dicha acción se determinará, entonces, mediante la comparación de la acción realizada, con la exigida por el deber de cuidado en la situación concreta, en consecuencia "...Infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido".

5. De la misma forma que la violación de una reglamentación administrativa no constituye per se la violación de un deber de cuidado, el cumplimiento estricto de dicha reglamentación no conlleva la realización de una conducta indiferente al Derecho Penal, ya que —se reitera— la materia de la prohibición debe buscarse en las circunstancias concretas que rodean al caso, más que en normas de carácter abstracto y general.

6. El "principio de confianza", no puede ser interpretado como una delegación irrevocable a lo realizado por su subordinado directo, desentendiéndose en forma absoluta del trámite que precisamente requería su firma para ser iniciado. Además, la existencia de numerosas solicitudes en las que el secretario se encontraba autorizado para cobrar, hacían precedente que la legisladora hubiera agudizado los

recaudos para garantizar la regularidad del trámite, máxime cuando la imputada desempeñaba una función pública de trascendencia institucional y se dispone sobre fondos públicos. No se trata aquí de imponer un deber que va más allá de las posibilidades ciertas y concretas con que objetiva y subjetivamente contaba la imputada, sino que se le reprocha no haber verificado lo que ella misma respaldaba con su firma (esto es, el contenido de la disposición que concedía el subsidio), comprobación que podía y debía realizar para evitar que su secretario aprovechara esa negligencia e imprudencia para cometer dolosamente los delitos que se tuvieron por probados.

7. Tampoco puede tener cabida la argumentación de que la ausencia de previsibilidad por parte de la imputada la exime de responsabilidad, pues por su falta de control de la labor desarrollada por su secretario, con relación al otorgamiento de subsidios, no cabe concluir que una actitud dolosa por parte de éste no resultaba previsible, atento a esa misma actitud negligente de la nombrada. No opaca esta conclusión el aludido "principio de confianza" entre ambos, relación que obviamente existía pero que no autoriza a obviar la responsabilidad de la legisladora, la que emerge de su propia conducta culpable, máxime si se tiene presente que la acción delictiva del secretario surge de una delegación impropia de sus tareas como legisladora. Es decir, no se trataba de una división de trabajo entre pares; sino, antes bien, que la imputada desatendía sus funciones, delegando las mismas en su secretario, firmando sin control alguno los proyectos de disposiciones que éste le presentaba, desinteresándose en forma absoluta del tema.

8. Corresponde desear el argumento de la defensa relativo a que la legisladora no tenía el carácter de "administradora" de los fondos con que se pagaban los subsidios que otorgaba, en función de que los cheques que emitía la Secretaría Administrativa de la Legislatura constituirían valores autónomos, que no pueden ser considerados como caudales o efectos con los alcances del artículo 262 del Código Penal, al entender que dicha disposición está dirigida a todos los funcionarios que tienen fondos públicos, ya sea que estuviesen encargados de cuidarlos, como los tesoreros; de percibirlos, como los cobradores; o de administrarlos, como ciertos jefes de reparticiones; ya que la nombrada tenía la facultad efectiva de disponer de los fondos públicos mediante el trámite que se iniciaba a través de una disposición por ella suscripta, de forma tal, que la legisladora tenía la

posibilidad no ya de custodiar los fondos, sino inclusive de disponer de ellos asignando concretamente la forma en que éstos eran gastados. Esta definición concuerda perfectamente con el concepto de administrador que se da cuando el funcionario está facultado administrativamente de disponer de los bienes, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente. Es claro que la imputada tenía la gestión de los fondos que asignaba en concepto de subsidios; a través de las disposiciones que de acuerdo a las reglamentaciones podía suscribir, disponía de ellos. El argumento de que la legisladora sólo tenía la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos resulta sólo aparente, pues la disposición suscripta por la legisladora llevaba al pago del beneficio que ella asignaba a un particular, sin perjuicio del circuito administrativo que debía recorrer la disposición.

9. No se debe olvidar que el artículo 262 se encuentra en el Capítulo VII del Título XI del Libro II del Código Penal, que tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales haya asumido una especial función de tutela [...]. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes, sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado; por eso, todos ellos tienen en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlas para ello. De allí que es indudable que un legislador que puede disponer de los fondos públicos mediante la confesión y firma de una disposición particular, queda comprendido dentro de esta norma que tiende a resguardar—precisamente—la regularidad con que dichos fondos son manejados.

STJ de Tierra del Fuego, 23-5-2000, "F., H. L. y M. T. M. s/Defraudación contra la administración pública y estafa, encubrimiento por omisión de denuncia y malversación culpable", expte. Nº 372/00 STJ-SR

Corresponde condenar por el delito de malversación culpable al secretario judicial que teniendo legalmente asignada a su cargo la custodia de expedientes y documentos, ha sido por demás desaprensivo en la custodia de bienes y valores correspondientes a una causa judicial en la que intervenía, dando lugar a que ellos fueran sustraídos por un tercero.

Debe considerarse negligente en su actuación al secretario judicial que omitió su deber de cuidado y vigilancia de bienes, que por su naturaleza y afectación a una investigación criminal, como por su elevado valor, debió extremar su diligencia para que quedaran seguros de todo riesgo.

Lo que caracteriza a la malversación culposa es la oportunidad posibilitadora, es decir, que los fondos públicos hayan sido sustraídos por un tercero porque el funcionario haya dado ocasión al delito.

Entre el acto culposo del funcionario y la sustracción por un tercero como consecuente debe mediar una relación ocasional, no de causa exclusiva o preponderante, sino de oportunidad posibilitadora.

CNCCor., sala V, 16-4-91, "M., H.", L. L. 1992-C-11

No cabe imputar responsabilidad al empleado judicial en los términos del artículo 262 del Código Penal (malversación culposa) por la desaparición de documentación, aun cuando fuera la persona encargada de la tramitación de la causa, si la real custodia que se ejercía sobre los expedientes y documentación en trámite era precaria por falta de infraestructura, en las actuaciones extravíasadas tuvieron participación otros empleados y la documentación reservada no se guardó en la caja de seguridad, lo cual denota desprolijidad fundada en la falta de elementos, negligencia del registro pertinente y desidia del propio actor.

CNCCor., sala V, 14-10-98, "M., F. M.", CD J. A.

El delito previsto por el artículo 262 del Código Penal demanda para su configuración que el agente haya actuado con imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, lo que puede dar lugar a la sustracción cometida por un tercero.

CNCCor., sala VII, 22-4-2003, "R., C. A.", c. 20.743, PJN Intranet

MALVERSACIÓN DE BIENES EQUIPARADOS (Art. 263, Cód. Pen.)

I. Bien jurídico protegido

El escaso valor económico del televisor embargado no resulta relevante para quitarle la categoría de cosa, artículo 2311, Código Civil.

El peculado es un delito de lesión aunque ésta no importe un perjuicio patrimonial, que procura la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos.

CNCCor., sala VII, 8-7-99, "F. de I., R.", c. 22.071, PJN Intranet

La figura que se enrostra el artículo 263 del Código Penal en relación al 261 del mismo texto legal—peculado por equiparación—, es figura lesiva del bien jurídico administración de justicia. Para que el tipo se configure en estos casos, es necesario que el juez interviniente en la causa civil o comercial de que se trate, intente al constituido en depositario a que exhiba el bien embargado.

Capel. de Trelew, 25-3-98, "C., J.", CD J. A.

Cabe de ello concluir que si el bien jurídico protegido por la norma del artículo 263 del Código Penal es la preservación de la seguridad de los bienes públicos, cuya custodia ha sido confiada al agente en razón de su cargo, constatada la separación de los objetos consignados de la esfera administrativa que representa como funcionario, a la particular de un tercero, debe tenerse por consumada la acción típica, sin perjuicio de la relación jurídica que uniera a quienes les fueran entregados los bienes con éstos a los cuales debió accederse por los cartiles legales pertinentes (arts. 288 y 259 del CPP).

CPen. de Junín, 29-6-95, "P., J.", P 4637, RSD-138-95, juez Durante (SD) (JUBA)

La sola resistencia a la presentación de los bienes no constituye delito, sino que queda consumado al desaparecer la garantía del acreedor. La ley ha buscado a través de esta figura penal, proteger la integridad del crédito del acreedor.

CPen. de Pergamino, 2-8-95, "D., J.", P 1860, RSI-251-95 (JUBA)

II. Tipo objetivo

Es impropio el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se alega—respecto del delito de malversación de caudales públicos por depositario infiel—que el simple hecho de enajenar un bien estando éste depositado judicialmente no convierte sin más esa

conducta en la acción descripta en el artículo 263 del Código Penal, ya que dicho bien se encontraba bajo depósito, no por su condición de bien objeto de litigio, sino porque era parte de la prueba del cuerpo del delito, solicitando por ello la aplicación al caso del artículo 255 del mismo cuerpo legal, si la Cámara resolvió que la distinción entre ambas figuras reside no sólo en el objeto en cuestión, sino en la finalidad que tuvo el depositario al sustraer el mismo y que la conducta del procesado se dirigió a sustraer la cosa y disponer de ella no obstante su calidad de depositario, y no de violar una obligación de custodia de un objeto destinado a servir de prueba en un juicio, lo que no importa ninguna vulneración de las normas invocadas por el impugnante.

SCJBA, 2-8-2000, "D., F.", P 54535, juez Pettigiani (MI)
(JUBA)

Con arreglo al artículo 263 del Código Penal, los bienes pertenecientes a particulares pueden ser objeto de malversación (art. 260) o de peculado (art. 261) sin otra condición que la de pertenecer a establecimientos privados de instrucción pública o de beneficencia o de que hayan sido puestos bajo administración o depósito por una autoridad pública. Pero dicho artículo 263 no sólo se refiere a bienes pertenecientes a particulares, sino también, como lo deja ver la frase "aunque pertenezcan a particulares", a bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente pertenecientes al Estado (voto del Dr. Tragant).

CNCas.Pen., sala III, 26-6-2001, "L., J. O. s/Recurso de casa-ción", c. 3124, PJN Intranet

El artículo 263 del Código Penal—con remisión a los artículos 260, 261 y 262—castiga a los depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Y es en el carácter de bienes depositados como en la condición de depositarios de los mismos de los imputados, donde centra su imputación el sentenciante. Empero, no ha demostrado la existencia de un depósito formalmente diferido desde el punto de vista legal; lo que, como requisito esencial el tipo legal prevé para dar sentido a la equiparación a la que remite. Para que se dé, pues, la protección del artículo 263 del Código Penal se exige, además de la resolución constitutiva del depósito hecha por autoridad—judicial o

administrativa—legalmente facultada, la designación del depositario al que se encomienda la custodia o cuidado de esos bienes o caudales, la aceptación, por parte del nombrado, de las obligaciones conferidas y la tradición de la cosa objeto del depósito sujeta a restitución (voto de la Dra. Berraz de Vidal).

CNCas.Pen., sala IV, 26-8-2002, "C., M. D. y otro s/Recurso de casación", c. 2907, PJN Intranet

La configuración del tipo del peculado por equiparación se halla supeditada a la notificación del requerimiento judicial de presentar los bienes tenidos en depósito (arts. 263, Cód. Pen. y 217, CPC).

CCCorr. de Pergamino, 28-9-95, "T., D. A. s/Infracción art. 239, Cód. Pen.", CD J. A.

1. Que no se comete [...] la malversación prevista en el artículo 263 del Código Penal por no existir depósito judicial válido del bien secuestrado, si el inculcado fue designado en el cargo por quien no tenía autorización o facultad legal propia para conferirlo.

2. Es requisito indispensable para que pueda cometerse malversación que, tanto el acto del embargo, secuestro o depósito, como la designación de administrador o depositario tengan plena validez.

CCrim. de Esquel, 16-7-99, "P., F. R.", CD J. A.

La circunstancia de haberse recuperado los bienes—aunque en diferente estado al momento en que fueron embargados—no es óbice como para no tener configurado el actuar disvalioso, sin embargo, es un elemento de importancia a tener en cuenta al momento de meritarse la sanción a imponer.

CNCCorr. sala IV, 16-5-2000, "C., J. M.", CD J. A.

Cuadra en la figura de malversación de caudales públicos—artículo 263, Código Penal—la acción desplegada por el encartado en calidad de depositario provisorio de un vehículo automotor que procedió a su venta antes de que su nombramiento adquiriera firmeza procesal en su designación.

CNCCorr. sala VI, 8-5-97, "B., G.", CD J. A.

Están dados todos los elementos del tipo penal de la malversación de caudales, previsto y penado por los artículos 261 y 263, Código

Penal, toda vez que la encartada sustrajo los bienes que estaban bajo su custodia por decisión judicial.

CNCCor., sala IV, 31-3-98, "O., A. E. y otro", CD J. A.

Configura malversación de caudales públicos la conducta de quien, habiendo sido designado depositario judicial de un televisor blanco y negro embargado, dispuso del mismo de manera indebida, no obstante a dicho encuadre típico la insignificancia del valor económico del objeto embargado, en tanto éste configura "cosa" en los términos del artículo 2311 del Código Civil, cualquiera sea su importancia.

CNCCor., sala VII, 8-7-99, "F. de I., R.", CD J. A.

El artículo 263 del Código Penal no requiere más perjuicio que el exclusivamente ocasionado por la desafectación del bien de la esfera de resguardo en la que se encontraba: se pune la violación de las obligaciones, sin consideración alguna respecto del perjuicio patrimonial que ella irroga, por ello, no elimina la punibilidad la comisión de los perjuicios producidos, ni el hecho de que el autor sea propietario de los bienes embargados y depositados.

CNCCor., sala V, 22-12-99, "G. R., A. F.", c. 34.585, PJN Intranet

Resulta autor penalmente responsable del delito de malversación de caudales privados equiparados a públicos –artículo 261 en función del artículo 263, Código Penal– el depositario judicial que mudó los objetos embargados sin anotar al tribunal, razón por la cual extrajo de la esfera de custodia los muebles, impidiendo de ese modo el recupero por parte del tribunal que había dispuesto tal medida.

CNCCor., sala IV, 16-5-2000, "C., J. M.", CD J. A.

La configuración del tipo del peculado por equiparación se halla supeditada a la notificación del requerimiento judicial de presentar los bienes tenidos en depósito (arts. 263, Cód. Pen. y 217, CPC).

CPen. de Pergamino, 28-9-95, "T., D.", P 1893, RSD-56-95, juez Ipiña (SD) (JUBA)

Si no se ha acreditado que los bienes embargados hayan salido de la esfera de custodia del depositario judicial y, por ende, que haya desaparecido la garantía del acreedor, el delito de peculado por

equiparación no se consumó (art. 263 en relación al 261, 1ª parte, Cód. Pen.).

CPen. de Pergamino, 29-3-96, "D., M.", P 1969, RSD-37-96, juez Levato (SD) (JUBA)

1. No es la relación jurídica previa de la persona respecto del bien, sino la calidad de depositario de los bienes embargados o secuestrados confiados, lo que hace en su caso precedente el nacimiento de la figura en cuestión; de lo que sigue que la circunstancia de no ser el causante propietario del bien embargado, deviene carente de efecto desincriminatorio alguno.

2. La anotación del embargo, esta llamada a cumplir una función publicitaria respecto de terceros, mas nada hace en cuanto a la relación entre las partes procesales, entre las cuales conserva eficacia pese a su falta de anotación.

CPen. de Trenque Lauquen, 4-4-91, "R., J.", 915, RSD-10-6, juez Bresillard (SD) (JUBA)

La intimación previa fehaciente para la entrega de los bienes que se detentan, en carácter de depositario judicial no es una connotación típica. Es suficiente que se dé, voluntariamente, a los bienes confiados en carácter de depositario, un destino que signifique sin lugar a equívocos quebrantar la existencia misma del depósito tomando, en la práctica, inexistente y por ende, desnaturalizada, la custodia confiada.

CPen. de Azul, 6-8-86, "C., M.", B 8612, RSD-126-86, juez Pagliere (SD) (JUBA)

De la circunstancia de que los bienes embargados no se hallen en el domicilio denunciado por el depositario judicial, no es posible extraer que dicha persona ha sustraído estos bienes, pues si sustraer significa "separar o quitar el bien de la esfera de custodia en que se encuentra", nada hace suponer que ello haya sucedido, dado que la esfera de custodia es en el caso, la del depositario, y la simple remoción de las cosas de lugar no modifica la situación jurídica de las mismas.

CPen. de Azul, 14-9-89, "R., J.", B 10499, RSD-194-89, juez Herrero (SD) (JUBA)

El hecho de que los bienes embargados no pudieran ser secuestrados por el oficial de justicia porque el lugar en que debían encontrarse

estuviera cerrado y deshabitado, no lográndose ubicar a la persona designada depositaria de ellos, no se adecua al tipo legal del artículo 263 del Código Penal que versa sobre malversación de caudales equiparados a públicos, ya que no es posible deducir que la persona involucrada haya sustraído los bienes, desde que si sustraer significa separar o quitar el bien de la esfera de custodia en que se encuentra, nada hace suponer que ello haya sucedido, pues la esfera de custodia es, en el caso, la del depositario, y bien puede suceder que una simple remoción de las cosas no hubiere modificado la situación jurídica de las mismas.

CPen. de Azul, 18-10-89, "B., N.", B 10784, RSD-222-89, juez Pagliere (SD) (JUBA)

Configura cuestión civil extraña al ámbito encuadrado por los artículos 261 y 263 del Código Penal, juzgar la conducta del depositario judicial que habría agotado, mediante su uso, la vida útil de la matriz para moldear puesta bajo su custodia.

CPen. 3ª de La Plata, sala II, 16-11-87, "J., O.", P 71196, RSD-228-87, juez Millán (SD) (JUBA)

I. Tratándose de bienes ajenos (propios de particulares), que no fueron formalmente secuestrados e incorporados al proceso por un acto procesal debidamente instrumentado, no es posible asignar al dinero sustraído la naturaleza de caudales públicos, y no podría pensarse en que ha mediado lesión patrimonial a la administración pública.

2. El objeto material del peculado son los caudales y éstos deben exhibir la calidad de públicos (el art. 263, Cód. Pen. señala los únicos casos en los que es posible el peculado de bienes pertenecientes a particulares). En el caso de autos la acción consumativa del peculado sería la de haber sustraído los caudales que hubieron de ser custodiados por los funcionarios públicos actuantes y aquí acusados.

CPen. 3ª de La Plata, sala III, 29-4-93, "A., A.", P 81799, RSD-79-93, juez Sanucci (SD) (JUBA)

Si no se cumplimentó con la formalidad de confeccionarse acta legal de designación de depositario judicial, tal circunstancia impide tener al encartado como "depositario" a los fines del artículo 263 del Código Penal.

CPen. de San Nicolás, 25-8-92, "N., J.", 17182, RSD-564-92, juez Bruno (SD) (JUBA)

La designación efectuada por el oficial de justicia, resulta inconstitucional en orden a las facultades que expresamente le confiere el mandamiento de referencia, recepiendo las leyes del ordenamiento ritual (arts. 214 y 536, CPN; fs. 193, letra c, segundo párrafo), y se perfecciona con la aceptación del inculpa formalizada en el mismo acto encuadrando al procesado en los requisitos subjetivos que requiere en el agente la norma del artículo 263 con remisión al 261 del Código Penal.

CPen. de Junín, 29-6-95, "P., J.", P 4637, RSD-138-95, juez Durante (SD) (JUBA)

Configura el delito de malversación de caudales privados equiparados a públicos (arts. 261 y 263 del Cód. Pen.) la acción del imputado que se suscitó a las obligaciones que aceptara al asumir el cargo como depositario judicial de diversos bienes dados a embargo, impositivamente el secuestro de dichos bienes, los que al practicarse la diligencia pertinente no se hallaban en el domicilio denunciado, mudándose el acusado sin dar noticias de ello al juzgado.

TOC. Nº 10, 17-5-2000, "B., V. O.", c. 899, WebRuinza penal6.2.1.3.r1

La conducta de la imputada que, habiendo sido designada depositaria judicial, procedió a sustraer, en infracción a sus deberes, los bienes embargados, configura el delito de malversación de caudales privados, embargados por autoridad judicial, previsto en los artículos 261 y 263 del Código Penal.

La enjuiciada tenía la calidad especial de depositario judicial exigida por el artículo 263, y esa calidad fue asumida por el acta respectiva. La aceptación del cargo imponía los deberes de conservación y restitución fijados por la ley de rito (arts. 2185, inc. 2º, 2186, 2202 y 2210 del Cód. Civ.; y art. 217, CPCCN), tratándose de bienes de particulares depositados por autoridad competente en los términos del artículo 163 del Código Penal, en el caso, por disposición del oficial de justicia en cumplimiento de un mandato judicial de embargo de bienes (art. 216, CPCCN).

La imputada los removió y dispuso de ellos contra el deber de conservación y restitución que le imponía la ley. En ese sentido, se ha satisfecho la acción reprimida por el artículo 261, al que reenvía el artículo 263 del Código Penal, la que consiste en la sustracción de

III. Tipo subjetivo

El error en que dice haber caído el agente, nos enfrenta a un error de

pena16.2.1.2.r1
TOCn. Nº 9, 31-8-2000, "A., E. M.", c. 521, WebRubinzai

caudales o efectos cuya administración o custodia es confiada por razón del cargo, en el caso, del cargo de depositario judicial. A los fines de la calificación es irrelevante determinar si la imputada era o no propietaria de las cosas dispuestas, pues su disponibilidad estaba trabada por el embargo y, en consecuencia, debía custodiarlas a disposición del tribunal embargante.

La intimación fehaciente resulta innecesaria a la luz del texto de la norma aplicada que reprime la conducta de sustraer el bien y no la omisión de presentación ante la intimación que, en todo caso, puede resultar indicativa de la voluntad de apoderamiento.

La mera remoción de los bienes del lugar donde se encontraban cuando fue constituida como depositaria no consuma la conducta, sino que, desde el punto de vista subjetivo, es necesario que esa remoción esté dirigida a sustraer los bienes de la jurisdicción del tribunal embargante. Ahora bien, en ciertos casos puede aceptarse un mero olvido de comunicar que se ha mudado el domicilio y omitido constituir uno nuevo donde ser notificado de las decisiones del juez en punto al carácter de depositario, pero, cuando, como en el caso, lo que se discute es la subsistencia de los bienes en poder del depositario, dondequiera que ello sea, y él se limita a la declaración formal de que siempre los ha conservado en su poder pero no los exhibe ni pone a disposición para su constatación de un modo real, y finalmente declara falsamente que están en un depósito que no existe, no cabe duda de que no sólo ha omitido constituir un nuevo domicilio o informar adónde trasladó los bienes, sino que en verdad, la remoción ha sido guiada por la finalidad de sustraerlos al juez competente.

Y a este respecto es irrelevante con qué grado de exhaustividad conociera la imputada el procedimiento de puesta a disposición de los bienes, porque no hay indicio alguno, y ni la imputada ni la defensa se atreven a sostenerlo, de que en verdad pudiese haber creído, por error o falta de información, que podía unilateralmente disponer de los bienes embargados del modo que se le antojara.

Derecho extrapenal, asimilable a error de hecho, el que al recaer en la especie sobre un elemento esencial de la figura punitiva en cuestión —la existencia del depósito—, acarrea la consecuencia de transformar el dolo en culpa, desde que no siéndole desconocido al causante, conforme las constancias de autos su carácter de depositario, el error en que incurriera no aparece como inevitable, lo que hubiera tenido como consecuencia desplazar en el mismo cualquier tipo de culpabilidad, dolosa o culposa.

CPen. de Trenque Lauquen, 4-4-91, "R., J.", 915, RSD-10-6, Juez Bresiliard (SD) (JUBA)

Si bien el juez que dispuso el embargo no ordenó expresamente la constitución de nadie como depositario de los bienes sobre los que se trabaría la cautelar, dentro de las disposiciones expresas del Código Procesal Civil se halla la de que el oficial de justicia ejecutante de la medida "depositará"—nótese la forma imperativa de la expresión—los bienes que embargara de lo que resulta que en este caso la facultad para constituir en depositario no surge ni de contrato ni de decreto judicial, sino de la misma ley—la procesal civil—que así lo ordena al oficial actuante, con lo que su proceder fue correcto y ajustado a Derecho. Adviértase que para los supuestos comunes la ley procesal sólo impone al juez civil el deber de librar el mandamiento de embargo (art. 452, CPC) aclarando que el mismo contendrá la orden de allanamiento y la autorización para solicitar la fuerza pública (art. 459) sin aludir para nada a la designación de depositario que luego sin embargo impone inexorablemente (art. 460, última parte) de lo que se deduce sin otra alternativa concebible que la ley lo pensó al depósito como algo inevitable e innecesario por ende de establecer por el juez, bastando con la elección del concreto depositario por el oficial de justicia al que se encomienda la diligencia, la aceptación del cargo por el seleccionador y la formalización del acto. Formalmente constituido el depositario, la ulterior disposición que hizo de las cosas, con conocimiento de lo indebido de semejante proceder, importó una típica sustracción de un bien embargado realizado en forma dolosa y configuradora del delito de malversación de bien privado equiparado a público.

CPen. de Santa Fe, sala 4, 1-2-93, "M., P. N. s/Malversación de caudales privados equiparado a públicos (expte Nº 110-92, resolución Nº 42, t. 1, fo. 169)", SAIJ Sumario: J0100989

IV. Culpabilidad. Error de prohibición

Incurre el sentenciante en un grueso error conceptual, cuando afirma que no está probada la materialidad ilícita porque el procesado no fue impuesto de las penas en que incurría en caso de incumplir sus obligaciones de depositario (art. 263, Cód. Pen.). Es que el pretenso desconocimiento constituiría—en caso de admitirse—un supuesto de falta de conciencia de la antijuridicidad de la acción. De tal suerte, el examen de dicha cuestión integra el capítulo de la culpabilidad, siendo por completo extraño al tratamiento de la materialidad ilícita.

CPen. de Pergamino, 27-8-96, “V., R.”, P 2102, RSD-103-96, Juez Gestira (SD) (JUBA)

V. Consumación

El delito de malversación previsto en el artículo 263 del Código Penal, en los casos de depósito judicial de bienes embargados, se consuma con la sustracción de dichos bienes del ámbito de la administración, custodia o depósito, con prescindencia del perjuicio patrimonial que con ello pueda sufrir o no el embargante. A los fines del artículo 261 del Código Penal, la expresión “sustraer” no exige apoderamiento ni apropiación, siendo suficiente la violación de la custodia.

CNCCorr., sala VI, 24-4-95, “D., C.”, CD J. A.

El delito de malversación del artículo 263 del Código Penal en el caso de depósito judicial de bienes embargados se comete al disponer o apoderarse de ellos, violando así las obligaciones que dicho depósito impone y el embargo trabado para garantizar los derechos del acreedor con prescindencia del perjuicio patrimonial que con ello pudiera sufrir o no el embargante.

CApel. de Trelew, sala I, 16-9-96, “D., A.”, CD J. A.

Jurisprudencia
anotada

ATENTADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:

PROBLEMÁTICAS ABORDADAS EN

EL PLENARIO "PALIENKO"

por MERCEDES RUBIO

1. La "zona de indeterminación entre el atentado y la resistencia a la autoridad"

El fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal en pleno "Palienko"¹ que se analizará ha fijado criterio sobre diversas cuestiones que hacen a la diferencia-ción entre los delitos de atentado y resistencia a la autoridad que, si bien ya se plantean en la doctrina y la jurisprudencia desde los tiempos del plenario, aun al día de hoy son resueltas de modo diverso por los tribunales, y en muchas ocasiones mal aplicadas por las fuerzas de seguridad en los inicios de la investigación. Todavía es frecuente que las fuerzas policiales consignen en la carátula de las sumarias la sigla "ARA", refiriéndose a "atentado y resistencia a la autoridad", como si se trataran éstos de un solo delito, y aun hoy es frecuente encontrar sentencias donde se califican erróneamente los hechos que configuran atentado o resistencia a la autoridad, confundiéndose la acción típica constituti-va de cada uno de ellos².

¹ Fallo plenario del 28-11-47, *Fallos* V, p. 747 y J. R. B. A. 4-451.

La doctrina de este fallo ha sido seguida por la CNCas. Pen., sala I, 14-4-97, "Z. J. M.", L. L. 1998-A-360, 96.653; id., 7-3-2000, "M., V. H.", L. L. 2001-B-534, 101.787 y J. A. 2001-II-291, entre otros.

² A modo de ejemplo cabe citar el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos

Aires, que sostuvo: "Si al calificar el hecho en juzgamiento la Cámara afirmó que el mismo constituía 'atentado y resistencia a la autoridad', a la manera de un concurso ideal —pues se trata de dos delitos— pero sin embargo citó el art. 238 del Cód. Pen. —que se refiere sólo al delito de atentado a la autoridad—, incurrió en contradicción respecto a la calificación legal. Dicha contradicción es de tal magnitud que constituye un caso excepcional de incompatibilidad con el debido proceso que descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional e impone su anulación oficiosa" (SCJBA, 24-6-97, "C., J. P. y. o. s/Atentado y resistencia a la autoridad").

En el caso que motivó el plenario, un agente de policía decide interrogar a una persona que permanece estacionada dentro de su vehículo en una esquina, y respecto de la cual se había quejado un vecino. El preventor se dirige al lugar pero cuando aún no había llegado a dirigirle la palabra a esta persona, y se encontraba a dos metros de ella, la misma efectúa dos disparos con un arma que llevaba en la mano derecha, cubierta por un poncho, causándole lesiones graves. La pregunta central a contestar en el plenario era: ¿configura la conducta de quien se encontraba en el vehículo el tipo penal de atentado o resistencia a la autoridad?

En el caso existía un funcionario público (sujeto pasivo de ambos delitos) que se había decidido a interrogar a un sujeto a raíz de las quejas de un vecino; pero cuando se dirigía al automóvil y aún no había desplegado accionar alguno contra la persona, aquella le efectúa dos disparos.

El plenario fija un *criterio temporal*³ para resolver el caso y establecer la distinción entre ambos delitos:

- 1) Para que exista atentado es menester que el acto del funcionario aun no haya comenzado. Es decir, el sujeto activo se sustituye en la libre determinación del funcionario, "se mete dentro" de aquel, y lo obliga a actuar conforme a su voluntad, obligándolo por medios violentos a que actúe u omita, según la voluntad del autor del delito.
- 2) Para que exista resistencia, el acto funcional debe haber sido iniciado, resultando entonces *contemporánea* la violencia desplegada por el sujeto activo y el acto funcional. En este caso, se impide al funcionario la libre actuación, pues la oposición del autor es contra un acto ya resuelto y comenzado a cumplir.

El criterio temporal señalado es claro, y pareciera suficiente para posibilitar la distinción entre los tipos penales frente al caso concreto.

Sin embargo existe una "zona de indeterminación", como la llama el doctor Vera Ocampo, que puede presentar dificultades aun tras la aplicación del criterio temporal de mención, pues objetivamente el escenario de un atentado o una resistencia puede presentarse similar: se trata de los supuestos en que, en el atentado, el sujeto activo exige la omisión de un acto funcional (que el agente no haga), situación al parecer idéntica a la de la resistencia, donde se impide al funcionario ejecutar un acto propio de sus funciones (nuevamente que el agente no haga).

Son justamente los casos como el que motivó el plenario los que ofrecen esta

zona gris, y donde no es sencillo determinar si el funcionario había o no comenzado a actuar (recuérdese que el policía se dirigía al vehículo motivado en las quejas de un vecino, pero aún no había dirigido la palabra a quien le efectuó disparos).

El doctor Ure fija en el plenario un criterio distintivo: En la resistencia el acto del funcionario debe haber pasado al estado de ejecución en forma de *orden al destinatario*, de modo que el autor de las violencias pueda *percibir* en su significado a través de la actitud asumida por el funcionario y de las circunstancias particulares que la condicionen.

Así, si el policía es obligado a no llegar al lugar donde se está cometiendo o se ha cometido un delito, o si es obligado a permanecer inactivo frente a un hecho que comienza a ejecutarse mientras él es retenido y en el que debía intervenir (nótese que se impone un no hacer), existe atentado a la autoridad. En cambio, si en el mismo caso ha llegado al destino, y resolvió intervenir para detener al presunto responsable y tal actuar se le impide (también se le impone un no hacer), entonces existe resistencia, pues el *acto funcional* ha comenzado, *la resolución ejecutiva tomada y existe un destinatario que debe acatarla*.

Con el criterio fijado, la distinción entre ambos tipos penales se clarifica. Como señala el doctor Vera Ocampo, aunque se trate de la omisión de un acto, en el atentado dicha omisión va referida a la imposición de un acto elegido por el autor, mientras que en la resistencia va en contra de la actividad del funcionario público de la que el agente es destinatario.

Así se resuelve la cuestión central del plenario, tratándose el caso descripto al inicio, obviamente, de una resistencia a la autoridad.

2. Violencia posterior a la conclusión del acto funcional y atentado por un tercero

Dos cuestiones más son abordadas en el plenario "Palienko": la primera referida a la calificación que corresponde dar a la conducta violenta desplegada por un sujeto, tras haber concluido el acto funcional. Piénsese, por ejemplo, en quien es detenido, y tras ser introducido en una celda, efectúa actos violentos contra el funcionario público con el propósito de ser liberado, como ser tomar por el cuello al preventor por entre las rejas.

Esta hipótesis es resuelta en el plenario como atentado a la autoridad, pues la coacción o violencia se dirige a que el funcionario haga u omita algo que el autor quiere (en el caso, lo libere); mas no decidido por el funcionario público. Finalmente, la última hipótesis que se plantea es la del despliegue de

violencia por parte de quien no es destinatario del acto funcional (por ejemplo la violencia que despliega un compañero de quien es aprehendido contra el agente policial).
A esta conducta del tercero, se concluye en el plenario, corresponde calificarla como resistencia a la autoridad, si tal conducta es ejercida coadyuvando a la resistencia del destinatario de la orden, pues en tal caso actúa este tercero como partícipe de la resistencia de aquél. Y como atentado a la autoridad si el destinatario de la orden no ofrece resistencia a aquélla, mas si despliega los medios violentos el tercero, pues el ciclo de la acción (orden y acatamiento) está agotado.

EL DELITO DE CONCUSIÓN: DOS CASOS JURISPRUDENCIALES

por NATALIA BARBERO

1. "Wowe, Carlos y otro"

El fallo objeto de análisis trata el caso del funcionario público que, abusando de su cargo, solicita o pide dinero o una dádiva a un particular, sin que este particular llegue a aceptar tal propuesta.

El encuadramiento típico de esta conducta encuentra principalmente dos alternativas: será cohecho pasivo en grado de tentativa o constituirá delito de concusión. Es claro que para llegar a tales opciones se debe considerar admisible la tentativa en el caso del cohecho pasivo—solución no pacífica en la doctrina—y, por otra parte, se debe reconocer previsto al delito de concusión como delito autónomo dentro de las conductas tipificadas en el artículo 266 cuando el legislador utiliza la palabra "dádiva" en su redacción.

Vale aclarar también que el fallo "Wowe" fue anterior a la reforma del Código Penal de noviembre de 1999 por la Ley de Ética Pública (25.188), cuando el artículo 266 aún no contenía el verbo típico "solicitar".

Decía el artículo 266:

"Será reprimido con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, 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".

El verbo típico exigir siempre generó cuestionamientos en cuanto a su extensión, dejando una zona gris para la conducta que nos interesa tratar, cual es la del funcionario público que "pide". La pregunta es si el pedido de un funcionario público conforma la "exigencia" que requiere el tipo penal. Veamos los hechos del caso.

Wowe, aprovechando la relación de amistad entre el periodista Bernardo Neustadt y el juez civil Bernardo Nespral, puso en conocimiento del periodista que en el Juzgado Civil Nº 29 a su cargo tramitaba un juicio por daños y perjuicios seguido en contra del periodista. Se ofreció, entonces, para que el periodista se comunicara con él al respecto. Wowe se reunió con el abogado de Neustadt en presencia del doctor Nespral y le dijo que la demanda en cuestión era por 3 o 4 millones de pesos y que no podría ver el expediente sin notificarse. Luego, Wowe en otra reunión le dijo a Nespral que le transmitiera a Neustadt que ahora estaba dispuesto a mostrarle el expediente antes de la notificación mediante una "colaboración" por la suma de \$ 20.000, reduciendo luego tal pedido a \$ 10.000. Más tarde, el actor en el expediente amplió la demanda, por lo que Wowe subió su pedido a \$ 100.000 para arreglar el juicio y sugirió un letrado amigo para facilitar la tramitación (así "correría con el caballo del comisario"). Wowe elevó luego el mismo pedido a la suma de \$ 200.000. Por su parte, Nespral obtuvo dos grabaciones (en el despacho de Wowe y en el propio) donde Wowe hablaba de los \$ 200.000 y de que el abogado sugerido sería Gustavo Lutzky (su ex socio). Nespral también le comentó sobre la propuesta indebida al abogado de Neustadt, quien sugirió recusar a Wowe.

A su vez, otros dos hechos fueron juzgados en el caso. Primero, un acuerdo sobre una futura participación de Wowe en los honorarios del perito geólogo Kreimer en un expediente que tramitaba en el Juzgado a cargo de Wowe, y, segundo, el retiro por parte de Wowe de un arma que estaba depositada en la caja fuerte de la secretaría privada del Juzgado y que pertenecía a un expediente en trámite.

El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 27, con fecha 3 de octubre de 1997, condenó a Wowe por cohecho pasivo agravado tentado en concurso real con exacción ilegal¹. Básicamente el planteo trató la cuestión de si la conducta de Wowe constituía exacción o tentativa de cohecho pasivo.

En el caso del perito, se resolvió por la exacción, ya que se consideró al perito como víctima de la conducta activa del funcionario público y se sintió compelido por su actuar (art. 266, Cód. Pen.).

En cambio, en cuanto al primer hecho, Wowe no se limitó a intentar la obtención de una promesa de dinero, sino que montó toda una operatoria para llegar a un acuerdo ilícito con el demandado en la causa civil, por lo que se configuró la tentativa de cohecho pasivo (arts. 257 y 42, Cód. Pen.). Falto justamente la intimidación para configurar la exacción. Sin embargo, evade el

¹ TOCr. Nº 27, 3-10-97, "Wowe, Carlos y otro s/Cohecho", c. 267.

Tribunal resolver la duda sobre el "exigir" típico del que habla el artículo 266, verbo que no requiere intimidación como lo hace la figura agravada. Este razonamiento habría llevado a resolver el caso como constitutivo del delito de concusión.

El Tribunal dice que el cohecho bilateral que exige un acuerdo—a diferencia de la exacción—quedó aquí en grado de tentativa, citando la doctrina de Ure, que ha dicho que no necesariamente el funcionario pide en la exacción y acepta en el cohecho.

Según el fallo, el cohecho se da mediante un acuerdo de voluntades sin imposición ni temor ni engaño e independientemente de quién impulsó el acuerdo, mientras que la concusión se sustenta en el temor o la condición de inferioridad en que se coloca a la víctima, quien no puede negarse sin consecuencia grave. Por ello, es totalmente posible el cohecho cuya propuesta nace del funcionario. No trató el Tribunal la pregunta sobre si el "solicitar" de un funcionario público no alcanza para configurar el delito de concusión. Así, el Tribunal Nº 27 resolvió por la tentativa de cohecho pasivo agravado.

La sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, el 30 de octubre de 1998, anuló parcialmente la sentencia del Tribunal Oral en cuanto a los puntos dispositivos V y VI donde se condenaba a Wowe, aunque fue por inobservancia de normas procesales previstas bajo sanción de nulidad². Finalmente, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 12 que intervino condenó a Wowe justamente por el tipo penal de concusión³.

Es claro que la actitud de Wowe no fue pasiva, por lo que no constituyó un acto de corrupción donde los verbos típicos son "recibir o aceptar".

Siguiendo a Rimondí⁴, en el cohecho el acuerdo siempre debe surgir del particular corruptor. Si se parte de una propuesta del funcionario, su autoridad pública per se lo coloca en situación de prevalencia, se da un miedo genérico a la autoridad que desplaza la bilateralidad del cohecho y queda configurada la concusión que no requiere de intimidación sino de una mera exigencia. Esta exigencia se ve satisfecha con el mero "pedir" de un "funcionario público". Si consideramos que el simple pedido de una dádiva, obviamente indebida, realizado por un funcionario público es, si no intimidatorio, al menos atemor-

² CNCas. Pen., sala IV, 30-10-98, "Wowe, Carlos", c. 98.515, L. L. 1999-B-306.

³ TOC. Nº 12, 9-6-99, "Wowe, C.", L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 27-9-99, con nota de DE LUCA, Javier, *Cohecho y concusión*.

⁴ RIMONDÍ, Jorge Luis, *La doctrina del "Punto de Plata" en el cohecho*, en L. L. 1999-B-306.

⁵ Ver DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 338 y ss.

zante, y si aceptamos que la concusión es un delito autónomo dentro del artículo 266 del Código Penal, no hay duda de que el caso "Wowe" es más un caso de concusión que de cohecho pasivo tentado, tanto en cuanto a la conducta hacia Neustadt como en la conducta hacia Kreimer, ya que la concusión no requiere el extremo de la intimidación sino el simple temor.

A su vez, no se dio en el caso tentativa de cohecho, ya que no hubo un acto del particular en el *iter criminis*, sino que fue tan sólo una expectativa del magistrado.

Recordemos las palabras de Carrara: "La institución de la justicia pública es el fundamento de toda autoridad social; o más bien, creemos que el fundamento de nuestra fe política debe ver en la necesidad de esa institución la única razón de ser de la autoridad social, que puede llamarse razón absoluta, imprescindible, universal y que precede a la ley suprema del orden impuesta a la humanidad antes de constituirse las sociedades".⁶ La autoridad está implícita en la justicia, hace a su naturaleza misma. Y, por tanto, lo está en sus funcionarios, se aloja en la esencia de los jueces que la administran.

2. "Varela Cid, Eduardo y Girella, Juan José"

En el mes de mayo de 1999, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5 condenó a Varela Cid por el delito de concusión.⁷ Luego, en agosto del año 2000, la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal absolvió.⁸ Veamos los hechos.

El 11 de julio de 1995 dos empresarios integrantes de la Cámara de Prestadores Postales, Biscay y Ongaro, se reunieron con el diputado Varela Cid por su preocupación sobre la sanción de la ley de correos, ya aprobada por el Senado y que se trataría en Diputados. El legislador coincidió con tal preocupación, por lo que fue invitado a una charla sobre el tema que se daría en el Hotel Savoy. Varela Cid aceptó ayudar a los empresarios a cambio de que ellos lo ayudaran a él, quien estaba en época de campaña. Varela Cid fue al Hotel, dio la charla mencionada, y prometió dar a los participantes una tarjeta de acceso a la sesión parlamentaria sobre la ley. El día de la sesión, finalmente la ley no se trató, y Varela Cid llamó a uno de los empresarios a su despacho. Allí el empresario y un acompañante se encontraron con Varela Cid, quien les aclaró que se debían arreglar algunos artículos de la ley y, haciendo un claro gesto con sus manos

⁶ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. V, t. 7, ap. 2480.

⁷ TOCt.Fed. Nº 5 de la Capital Federal, 11-5-99, c. 324.

⁸ CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "Varela Cid, Eduardo y otro s/Recurso de casación", c. 1626.

—golpeando el puño de una contra la palma de la otra—, les dijo: “a ver cómo se portan”. Luego Cirella, acusado en autos como partícipe, les explicó a los empresarios que se trataba de una colaboración de entre \$ 5.000 y \$ 10.000 por cada empresa integrante de la Cámara. Ellos se negaron. Durante los días siguientes, los empresarios recibieron insistentes y reiterados llamados en sus oficinas en busca de una respuesta.

El Tribunal Oral encuadró jurídicamente el caso en la figura de la concusión de manera, creemos, acertada. Se refirió expresamente a la postura de Ramos Mejía, según el cual, “cuando lo exigido es una dádiva, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado reguladamente al Estado, el agente actúa desde el principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad de convertir luego en provecho propio lo obtenido, y no infringe el 268 sino el 266 solamente”. Por ello, se considera a la concusión como un delito autónomo dentro del 266 (surge del término “dádiva”). Es acertado el criterio del Tribunal al establecer que el “exigir” no implica violencia física sino que alcanza con violencia moral—sin requerirse intimidación—, por la cual la víctima cede por el temor que le infunde la autoridad.

Sorprendentemente, en agosto de 2000 la Casación revoca la sentencia del Tribunal Oral y absuelve a Varela Cid.

Luego de un largo desarrollo de la doctrina sobre el tema, tras definir el término exacción, explicar la historia sobre la tipificación de este delito en el Derecho Romano, en el Código francés, en el Proyecto Tejedor, y en los proyectos posteriores, y tras abarcar las diferencias básicas entre el cohecho (bilateral) y la concusión (unilateral y con voluntad coartada por temor), y referirse a cada una de las figuras típicas contenidas en los artículos 266, 267 (concusión explícita) y 268 del Código Penal (concusión propiamente dicha), concluye la Casación que el funcionario que pide dádivas para sí y no para la administración pública no comete exacción ni concusión. Será extorsión, pero de las conductas previstas por el 249, o un acto preparatorio de cohecho, pero no una especie de exacción. Dice la sala que el artículo 266 no contiene un delito autónomo de concusión, sino que contiene la figura básica de exacciones que luego se ve agravada por los medios previstos por los artículos 267 y 268.

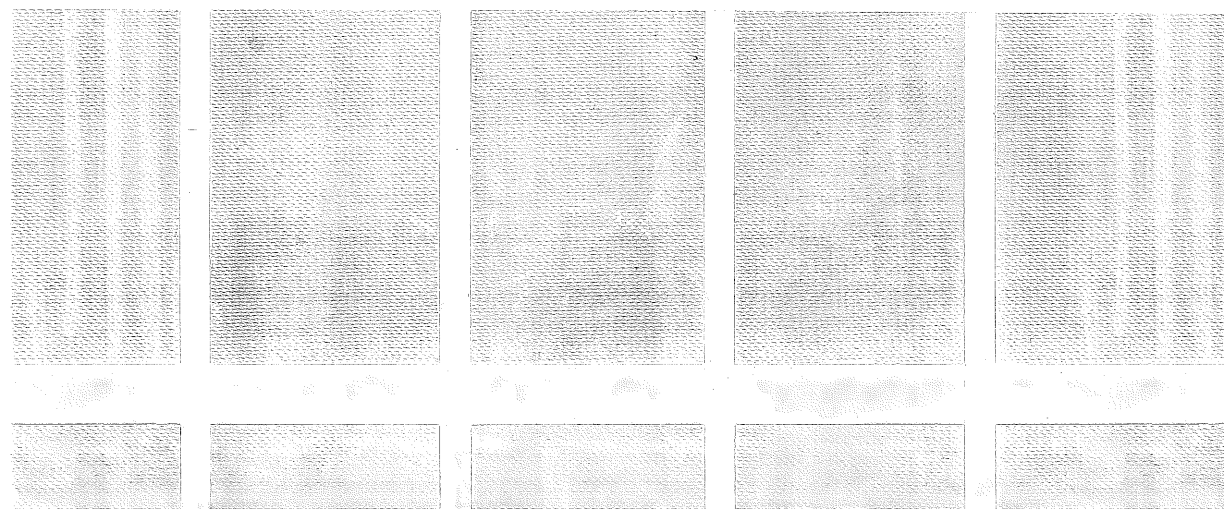
Concluye la Casación que el Tribunal Oral ha aplicado erróneamente la ley sustantiva y, en cambio, su voto se basa en cuestiones únicamente de hecho y prueba. Dice que en el caso no se probó temor ni intención de intimidar: “Aun cuando Ongaro se sintiera atemorizado, ninguna amenaza ni actitud o intención atemorizante por parte de los imputados ha podido ser probada, tampoco que éstos hayan manifestado una demanda imperiosa”. “La ausencia de una demos-

trada intención de intimidar, o al menos la comprobación de una concreta demanda imperiosa por parte de los imputados, elimina la posibilidad de calificar el suceso como constitutivo del delito de exacciones..." "El verbo típico de la figura penal que ha seleccionado el sentenciante ('exigir') en modo alguno se satisface con el simple pedido, solicitud o requerimiento de dádiva si, además, no se encuentra acompañado de las circunstancias que lo transforman en una exigencia. Reitero, exigir es reclamar: no exige el que solicita sino el que demanda imperiosamente".

Omite la mayoría descartar fundadamente el válido argumento de la minoría y de gran parte de la doctrina, según el cual el pedido de colaboración no requiere una exigencia intimidatoria, pero su carácter coactivo puede ser suficiente para presionar o constreñir la voluntad de un particular y, por tanto, configurar el tipo penal de concusión (art. 266, Cód. Pen.).

El temor que infunde el pedido directo e insistente de una suma de dinero por parte de un legislador es, sin dudas, un caso de exigencia simple. Este temor, miedo o presión psicológica simple sufrida por un particular configura el delito de concusión, dado que el pedir o solicitar por parte de una autoridad ya configura el exigir típico.

Actualidad



EL NUEVO PROCESO PENAL ESPAÑOL: PROCESO ABREVIADO, JUICIO RÁPIDO Y PRISIÓN PROVISIONAL

por TERESA ARMENTA DEU*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los procesos modificados. 1. El nuevo procedimiento abreviado. A) Actuaciones de la policía judicial y del Ministerio Fiscal. B) Diligencias previas (Fase de instrucción). C) Preparación del juicio, fase intermedia o juicio de acusación. D) Juicio, sentencia y recursos. 2. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. A) Actuaciones de la policía judicial. B) Diligencias urgentes ante el juzgado de Guardia. C) La modalidad de conformidad en la guardia. D) Fase intermedia o juicio de acusación. E) Escrito de defensa, vista, sentencia e impugnación. 3. El juicio de faltas. III. Aspectos destacables de la reforma en el plano más general. 1. Reforzamiento del derecho de defensa y de la atención a las víctimas. 2. Consagración de la conformidad como uno de los instrumentos básicos del proceso penal. 3. La prueba preconstituida y el acusatorio. IV. La reforma de la prisión provisional. 1. Naturaleza y características. 2. Presupuestos de la prisión provisional. 3. Plazos máximos de duración de la medida: duración de la prisión provisional. A) Plazos máximos de duración de la medida: la doctrina del "plazo razonable". B) Prórroga del plazo: necesidad de celebrar una audiencia y de que solicite la medida algún acusador. C) Cómputo del plazo. D) Libertad por expirar el plazo máximo: cautelas ante tal situación. 4. Procedimiento para la adopción o prórroga de la prisión provisional: tribunal competente, la preceptiva audiencia, resolución y recursos. A) Tribunal competente. B) Necesidad de celebrar una audiencia y que se solicite la prisión por una parte acusadora. C) Resolución sobre la prisión provisional. D) Recursos contra la adopción de la medida. E) La resolución

* Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Girona.

sobre prisión provisional en caso de que se haya decretado el secreto del sumario. F) Ejecución de la resolución: mandamientos a la policía judicial y al director del establecimiento penitenciario. 5. Clases de prisión provisional: comunicada e inco-municada. Medidas alternativas a la prisión en caso de enfermedad y tratamiento de desintoxicación.

• Introducción

La reforma de 2002¹ constituye la modificación más sustancial del sistema procesal penal español. Se ha dicho, con razón, que su ámbito objetivo de aplicación constituye más del setenta por ciento de la criminalidad y las estadísticas parecen confirmar dicha apreciación². Justo en año más tarde, el 24 de octubre de 2003, se publica la Ley 13/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, cerrando el ciclo de esta nueva ordenación, ciertamente fruto de reformas parciales, pero no por ello de menor calado. El sistema procesal español se asienta sustancialmente sobre dos procesos ordinarios y varios especiales para los delitos, y un proceso específico para las faltas³. Sobre el mismo, la nueva regulación com-

¹ Leyes 38/2002 y Orgánica 9/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que entraron en vigor en abril, tras una vacatio legis de seis meses.

² En Cataluña las estadísticas actuales señalan que un 60% de la criminalidad se tramita por juicio rápido o juicio de faltas. Si se cuentan además los incoados por procedimiento abreviado, el porcentaje alcanza el 90%. Revista *Justicia*, Nº 2, Generalitat de Catalunya, editorial, p. 3.

³ Sucintamente, los procesos ordinarios por delitos son el proceso ordinario por delitos graves (o juicio ordinario por delitos graves), que se aplica a delitos para los que se prevén penas privativas de libertad cuya duración sea igual o superior a nueve años, y el procedimiento abreviado, que se aplica a "los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración" (art. 757, LECrim). Las faltas se someten al procedimiento para el juicio sobre faltas previsto en los artículos 962 a 977 de la LECrim. Los procesos especiales regulados en el ordenamiento español son los siguientes: a) el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos; b) el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, regulado por la LO 5/1995, de 5 de mayo; c) el procedimiento de menores (LO 5/2000, de 12 de enero), y d) el procedimiento de hábeas corpus (LO 6/1984, de 24 de mayo). Además, aunque comúnmente se denominan "procesos", existen

prende el proceso abreviado y el juicio de faltas; se crea, además, un proceso especial, el juicio rápido, que otorga título colateral al conjunto de la reforma.

Pese a la concisión que exige un trabajo de esta índole, resulta de particular relevancia dedicar una primera atención a los condicionantes sociológico-políticos en los que se enmarca la repetida reforma y que se resumen apretadamente a continuación.

En otoño de 2001 el Ministerio de Justicia crea una Sección Especial de la Comisión General de Codificación con el encargo de elaborar un Borrador de Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴.

La presión social y mediática y la voluntad política de atender prioritariamente tales demandas modifican el encargo hacia la elaboración de un proyecto de "Ley de juicios rápidos".

Junto a estos pormenores, en el marco de lo que podríamos llamar "el relato de hechos" debe añadirse la influencia de las recientes modificaciones legales de los países de nuestro entorno (Portugal, Italia, Francia)⁵.

Ciertas especialidades procesales que por razón de la materia o de la persona deben aplicarse en el seno del proceso ordinario que corresponda. Dichas especialidades son las siguientes: a) el procedimiento penal contra diputado o senador en Cortes (arts. 750 a 756, LECrim); b) el procedimiento contra jueces, magistrados y fiscales (arts. 406 a 409, LOPJ); c) el procedimiento por delitos de injurias y calumnias contra particulares (arts. 804 a 815, LECrim); d) el procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación; e) los procedimientos en materia de delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, y f) las especialidades procesales en los estados de excepción y sitio. Vid. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 339 a 383.

⁴ La Comisión General de Codificación es un órgano de asesoramiento del Ministerio de Justicia en el plano estrictamente técnico. La autora de este trabajo forma parte de esta Sección Especial y de la Sección de Derecho Procesal del citado órgano.

⁵ Todos los ordenamientos empiezan a ofrecer una especie de "justicia de doble vía". Para los delitos que se catalogan como más graves, se salvaguardan—de momento y con alguna excepción—las garantías arduamente consagradas a partir de las conflagraciones mundiales. Para la llamada "pequeña criminalidad" o, en expresión alemana, "criminalidad de bagatela", las garantías se rebajan notablemente y se incorporan criterios más pragmáticos y utilitaristas. Las vías de aceleración son abundantes: eliminar el inicio (la instrucción); eliminar o reducir la fase intermedia (el juicio de acusación); eliminar o reducir notablemente la fase de juicio oral. Los ejemplos, nuevamente profusos: A) La flagrantia conduce al proceso sumario en Portugal (arts.

español, siempre desde la óptica de aquellas instituciones objeto de reforma:

- 1) La aceleración a través de tres instrumentos: los juicios rápidos, tanto para delitos como para faltas, y el mayor uso de las pruebas preconstituidas;
- 2) el reforzamiento del derecho de defensa y la atención a víctimas, ofendidos y perjudicados, y
- 3) la conformidad, como instrumento clave de la resolución de conflictos creados por la comisión de un delito.

II. Los procesos modificados

En el plano del desarrollo procesal, la modificación legal se centra en tres procesos: el procedimiento abreviado, el juicio de faltas y el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. A partir de una estructura básica, común a todos los procesos por delito, y que divide el juicio en tres fases: instrucción, fase intermedia (juicio de acusación) y juicio oral, las tendencias más recientes inciden en el proceso, tanto en su etapa anterior, encomendando determinadas actuaciones a la policía judicial, como por detrás, consagrando la existencia de recursos, como manifestación del derecho a una segunda revisión del caso, si bien ciertamente limitada en su objeto, es decir sin que constituya en modo alguno un *ius novorum*. El juicio de faltas, excepcionalmente, no contempla fase instructora.

1. El nuevo procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado se aplica a los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualesquiera que sean su cuantía y duración (art. 757, LECrim). La instrucción corresponde a los jueces de instrucción (o a los jueces centrales de instrucción cuando se trata de los delitos previstos en el art. 65, LOPJ).

A) *Actuaciones de la policía judicial y del Ministerio Fiscal*

A diferencia del enjuiciamiento rápido, donde sí se incorporan modificaciones de algún calado, como el reconocimiento a la policía de la facultad de citación o de realizar personalmente determinados análisis químicos (arts. 796.2 y 796.1.6ª, ambos de la LECrim), los artículos 770, 771 y 772, todos de la LECrim, recogen las actuaciones que ya les venían encomendadas en la reforma de la LECrim de 1988.

Así, el artículo 771 de la LECrim faculta a la policía para requerir la presencia del facultativo o personal sanitario; acompañar el acta de constancia; recoger y custodiar los efectos e instrumentos; retirar el cadáver de la vía pública; tomar los datos o intervenir el vehículo, y retener el permiso de circulación.

En el 772 de la LECrim, por su parte, se reitera la necesidad de informar a la víctima de su derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la personaación, advirtiéndole que de no personarse el MF ejercitará la acción civil derivada de delito (ofrecimiento de acciones, arts. 109 y 110, LECrim). También se informará al imputado, así como al perjudicado, de la forma más comprensible sobre cuales son los hechos que se le atribuyen y los derechos que le asisten (art. 520.2, LECrim: guardar silencio; no declarar contra sí mismo; asistencia letrada, y asistencia de intérprete).

B) *Diligencias previas (Fase de instrucción)*

Una vez en presencia del juez de guardia, el artículo 775 de la LECrim contempla la necesidad de que en la primera declaración se informe sobre la condición de imputado y los hechos que se le atribuyen. Además, el secretario debe haberle reiterado sus derechos, así como solicitado su identificación y datos para su localización, advirtiéndole de los efectos de la notificación en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, supuesto excepcional que la Ley ha ampliado a dos años (art. 786.1.II, LECrim). Posteriormente, aun a riesgo de reiteración, se repite el ofrecimiento de acciones que realizó la policía (art. 776, LECrim).

En el precepto se formula, además, de manera expresa, el derecho del detenido a entrevistarse con su abogado antes de la comparecencia judicial, salvo incomunicación (art. 527, c, LECrim).

La instrucción finaliza tal como se regulaba con anterioridad, dictándose un "auto"⁸ con alguno de los siguientes contenidos:

a) Sobreseer el proceso, bien porque se estima que el hecho investigado

⁸ Arts. 245.1.b, LOPJ y 779, LECrim. El contenido del auto debe respetar las previsiones de los arts. 248, LOPJ y 779, LECrim.

no es constitutivo de delito o con carácter provisional, si no hay autor conocido. Esta resolución se comunicará a las víctimas, aunque no fueran parte;

b) Ordenar que las actuaciones se sustancien por los cauces del juicio de faltas; remitirlas a la jurisdicción militar; o al procedimiento de responsabilidad de menores; u

c) Ordenar que el procedimiento siga adelante por los trámites del procedimiento abreviado, en cuyo caso el auto determinará los hechos punibles e identificará la persona a la que se imputan, a quien deberá haberse tomado declaración.

C) *Preparación del juicio, fase intermedia o juicio de acusación*

Se inicia mediante el traslado de las diligencias al MF y partes personadas por diez días para que formulen acusación, soliciten el sobreseimiento o, excepcionalmente, insten la práctica de diligencias indispensables. Si el MF y el acusador solicitan el sobreseimiento, el juez debe acordarlo. En el caso de que el sobreseimiento se pida sólo por el MF, el juez puede ofrecer acciones a los perjudicados no personados, y remitir la causa al superior jerárquico del MF para que acudan a sostener la acción.

La fase propiamente dicha termina con la apertura del juicio oral y el emplazamiento del imputado ante el órgano enjuiciador.

D) *Juicio, sentencia y recursos*

Abierto el juicio oral, se emplaza al imputado, entregándole copia de los escritos de acusación para que comparezca con abogado en tres días y designe procurador o en su defecto nombrárselo de oficio. Transcurridos los tres días se da traslado de los escritos de acusación para que formule en diez días el escrito de defensa⁹.

Transcurrido el plazo o presentado escrito de defensa se da traslado al juez de lo penal o a la AP (Audiencia Provincial) y se notifica a las partes. Finalmente, si abierto el juicio oral el acusado está en ignorado paradero, deberá dictarse requisitoria para su llamamiento y búsqueda (art. 784.4, LE-Crim).

La vista—precedida de una audiencia sanadora de los vicios que pudieran acarrear la nulidad—exige la presencia de acusado y abogado defensor (art. 786, LECrim), a excepción de que el delito esté perseguido con pena de dos años y que así lo solicite el MF u otro acusador (art. 786.1, LECrim).

⁹ De no presentarse el escrito de defensa se sobreentiende que el imputado se opone a la acusación y ya no podrá proponer prueba hasta el juicio oral.

Comenzando por el ámbito objetivo de aplicación de este juicio, el artículo 795 de la LECrim establece criterios heterogéneos, en virtud de cualquier de los cuales procede sustanciar este procedimiento especial, siempre y cuando, además, el proceso se incoe en virtud de atestado policial y que la policía judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de Guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer

Junto a estas características destacan dos especialidades de este proceso: la posibilidad de que se llegue a un acuerdo de conformidad en la guardia que determine la resolución del proceso incluso en un plazo de 72 horas y el régimen reforzado del ejercicio de la acusación, que conduce al sobreesimiento si ningún acusador ejercita la acción en un plazo determinado.

El procedimiento para el enjuiciamiento rápido se configura como un proceso especial al que deberá acudirse siempre que la facilidad instructora así lo permita, a tenor de unos criterios señalados en la propia Ley cuando delimita su ámbito objetivo de aplicación. Dicha facilidad instructora propia: que la policía judicial vea ampliadas sus facultades en las actuaciones previas al proceso; que se concentren al máximo las actividades ante el Juzgado de Guardia, y que se reduzcan los plazos para celebrar el juicio. Otras medidas, aunque tienden asimismo a acelerar, no obedecen, empero, a dicha simplicidad de la investigación. Me refiero a la supresión de recursos en el período intermedio o a la reducción de plazos para dictar sentencia y para apelar.

2. *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*

El artículo 789 de la LECrim prescribe que la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando la variación suponga diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que algún acusador haya asumiendo el planteamiento previamente expuesto por el juez o tribunal dentro del trámite previsto en el artículo 788.3 de la LECrim; habiendo desarrollado en todo caso el trámite contradictorio del artículo 788.4 de la LECrim. Contra la sentencia se prevé recurso de apelación, si bien con los motivos tasados y la prueba limitada (arts. 790 y ss., LECrim).

ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado judicial. Las circunstancias que deben concurrir con el citado carácter alter-

1º) Que se trate de un delito flagrante, a tenor de la definición que incluye el propio precepto, esto es:

— Delito que se estuviere cometiendo o se acabase de cometer cuando el delincuente sea sorprendido; extendiéndose tal circunstancia, no sólo al momento de estar cometiendo la acción delictiva, sino al detenido o perseguido inmediatamente después, si la persecución durara o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance (persecución en caliente), y

— delincuente sorprendido inmediatamente después, con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación;

2º) Que se trate de alguno de los siguientes delitos: hurtos, robos, hurto y robo de uso de vehículos, delitos contra la seguridad del tráfico. A los que se añaden las lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173 del Código Penal; delitos de daños (art. 263, Cód. Pen.); delitos contra la salud pública (art. 368.2, Cód. Pen.) y delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial¹⁰, y

3º) Que fueren hechos punibles cuya instrucción sea presumiblemente sencilla, con independencia de su naturaleza¹¹.

4º) A este grupo —siempre limitado a delitos perseguidos con penas privativas de libertad de hasta cinco años o de otra naturaleza hasta diez, o de multa— hay que incorporar un supuesto adicional de aplicación de este enjuiciamiento rápido: el introducido por el artículo 779.1.5º de la LECrim. Se tratará de aquel que concurre cuando en el marco de un procedimiento abreviado, el imputado en la primera comparecencia judicial o en cualquier momento de la instrucción, asistido de su abogado reconoce los hechos y éstos son constitutivos de delito castigado con pena no superior a los cinco años

¹⁰ La relación de estos delitos proviene, bien de ser aquellos que la experiencia ha demostrado como más aptos para desarrollarse a través de un procedimiento de este tipo, bien de constituir tipos penales que se pretenden sean objeto de una persecución lo más acelerada posible. En el caso de las lesiones del art. 153, Cód. Pen. habrá que distinguir, no obstante, las lesiones físicas de las psíquicas, que difícilmente serán objeto de una instrucción sencilla. La limitación a delitos castigados con pena inferior a cinco años dejará fuera, empero, algunos de los más frecuentes.

¹¹ Este apartado hubiera abarcado los restantes supuestos. Razones de política criminal y de oportunidad llevaron a la mención explícita de los restantes supuestos.

prisión o diez si es de otra naturaleza, o multa; supuesto en el que el procedimiento abreviado se transforma en procedimiento para el enjuiciamiento rápido mediante la apertura de las correspondientes "diligencias urgentes".¹²

1) *Actuaciones de la policía judicial*

El artículo 796 de la LECrim contiene un elenco de las actividades que debe realizar la policía judicial para "preparar" la sustanciación de este procedimiento especial. La policía judicial está obligada a llevarlas a cabo si

considera que se encuentra ante un delito que reúne los requisitos enumerados en el artículo 795 de la LECrim; de manera que del éxito de estas actuaciones depende en buena medida la posibilidad de seguirse la tramitación de este enjuiciamiento rápido. Conviene resaltar desde un principio que no se crea, si, una nueva fase procesal, pues el juicio propiamente dicho sólo comenzará cuando el juez de guardia dicte auto incoando diligencias urgentes. La repetida ase simplemente articula las medidas ineludibles para que los sujetos y el material imprescindible (certificaciones, peritajes, etc.) se encuentren en el juzgado de Guardia, posibilitando que, en su caso, pueda concluirse la insrucción tan brevemente como exige el período de la guardia (art. 799, LECrim) que sea dicho juez de guardia quien cite para la celebración del juicio oral en "la fecha más breve posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes" (art. 800.3.1, LECrim).

3) *Diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia*

En sentido propio, el proceso comienza cuando el juez de guardia, recibido el atestado policial, dicta auto mandando la incoación de "diligencias urgentes"; se sustanciará entonces una brevísima instrucción ante el propio juez de guardia, cuya finalidad es decidir con la mayor rapidez si se dan o no las condiciones para una pronta celebración del juicio oral.

A tales efectos, el conjunto de estas diligencias se encamina a completar, antes que nada, las que realizó o encomendó la policía en virtud del artículo 796 de la LECrim (recabar antecedentes penales; informes periciales; examen del médico forense y tasación de bienes). Asimismo, será contenido de esta

¹² La delimitación del ámbito objetivo de aplicación de este procedimiento para el enjuiciamiento rápido excluye expresamente dos supuestos, cuya tramitación resultaría incompatible con el objetivo de inmediatez que se persigue: a) los delitos conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior (art. 795.2, LECrim), y b) aquellos procedimientos en que se acuerde el secreto de las actuaciones (art. 795.3, LECrim).

fase inicial tomar declaración al detenido o al denunciado comparecido citado por la policía, a los testigos igualmente citados; reiterar el ofrecimiento de acciones y desarrollar determinadas diligencias como el reconocimiento en rueda, citar a quien considere necesario, así como ordenar la práctica de cualquier diligencia que pueda llevarse a cabo en el plazo de la guardia (art. 797.1.9º, LECrim).

El fin de la instrucción supone una resolución del juez de guardia con tres posibles contenidos:

a) Resolución oral, no recurrible, estimando suficientes las diligencias practicadas y ordenando la continuación del procedimiento por los trámites del enjuiciamiento rápido (art. 798.2.1º, LECrim)¹³.

b) Auto (por lo tanto, resolución escrita) remitiendo las actuaciones a los tribunales de menores, a la jurisdicción militar, u ordenando la incoación de juicio de faltas, si se dan los supuestos del artículo 779.1 de la LECrim; o sobreescribiendo la causa, libre o provisionalmente, en función de que el hecho se estime no constitutivo de delito, o se considere que no existe autor conocido¹⁴; o, finalmente,

c) Resolución, no recurrible, ordenando la sustanciación del proceso por los cauces del procedimiento abreviado, si el juez considera las diligencias practicadas insuficientes para dar por concluida la instrucción. En tal supuesto, la Ley le exige explicación del porqué de la falta de suficiencia de las diligencias (art. 798.2.2º, LECrim).

C) *La modalidad de conformidad en la guardia*

El artículo 801 de la LECrim introduce la posibilidad de terminar el proceso penal en la propia guardia, a través de una conformidad, que además se incentiva con una reducción de la pena en un tercio. Esta auténtica especialidad del instituto de la conformidad se supedita, no obstante, a la concurrencia de una serie de presupuestos y su efectividad se halla sometida al cumplimiento de una serie de condiciones. Los presupuestos que se señalan a partir de los artículos 801.1. 2º y 3º y

¹³ La resolución es irrecurrible, como se ha señalado —a diferencia de lo que en supuesto semejante sucede en el procedimiento abreviado— (art. 798.2.1º, LECrim). Así las cosas, en este proceso no cabe recurso ni contra la resolución que resuelve seguir su tramitación, ni contra la que abre el juicio oral.

¹⁴ El auto de remisión o inhibición en favor de la jurisdicción militar se pronunciará sobre la adopción de medidas cautelares frente al imputado y el responsable civil, en su caso. Esta última resolución sí es susceptible de recurso (art. 797.3, LECrim).

801.2, todos de la LECrim, son los siguientes: 1º) Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión o con otra pena de distinta naturaleza, cuya duración no exceda de diez años, o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, y 2º) Que tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión, aun cuando así se rebase el límite mínimo de la pena prevista en el Código Penal.

Las condiciones figuran en el artículo 801.3 de la LECrim y son: 1º) El compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia señale, y 2º) La presentación de certificación o, en su caso, el compromiso del acusado de obtener del centro o servicio público o privado (debidamente acreditado u homologado) una certificación de que el acusado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento.

Si no se hubiera constituido acusación particular en la causa, la conformidad habrá de prestarse por el acusado de palabra ante el juez de guardia, y habrá de serlo con el escrito de acusación presentado en el acto por el Ministerio Fiscal (art. 801.1.1º, LECrim). Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado también podrá conformarse en su escrito de defensa con la más grave de las acusaciones, y dicha conformidad se ajustará a las reglas de la prestada ante el juez de guardia, aunque realmente el escrito de defensa se presenta ante el juez de lo penal (art. 801.4, LECrim).

El efecto de este acuerdo de conformidad es que el juez de guardia, tras realizar el control de su adecuación a los requisitos legales¹⁵, dictará una sentencia en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio. Si la pena impuesta fuera privativa de libertad, habrá de resolver lo procedente sobre su suspensión o sustitución (art. 801.2, LECrim).

D) Fase intermedia o juicio de acusación

A falta de acuerdo de conformidad en la guardia, y si se ha estimado precedente el enjuiciamiento rápido, el juez de guardia oirá "en el mismo acto" al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre el sobreesimiento o la apertura del juicio oral, así como sobre las medidas

cautelares. La especialidad del "juicio rápido" en este punto se centra en reforzar el ejercicio de la acción penal, de manera que la falta de presentación en el plazo concedido determina sobreseer definitivamente el proceso, tras el fracaso de determinadas cautelas¹⁶. Frente a las críticas en virtud de las que se denuncia que así se crean legalmente ámbitos de impunidad, el legislador se ha decantado por atender el también defendible interés del acusado en que se desarrolle el juicio y se obtenga una resolución que ponga fin a su situación. Además, en este específico supuesto del enjuiciamiento rápido, no dejan de pesar dos consideraciones: por un lado, que se trata de delitos menos graves, y por otro, que tras todos los esfuerzos realizados en pos de un proceso más acelerado, dejar en manos de los acusadores su efectividad aparece como algo singularmente desproporcionado. En todo caso se trata de una opción de política legislativa frente a la que sin duda pueden alzarse voces aprobadoras y voces críticas.

E) *Escrito de defensa, vista, sentencia e impugnación*

Las únicas especialidades en estos trámites son el acortamiento sustancial de los plazos en aras de la desahogada aceleración, que se detecta, asimismo, en los trámites para la interposición y resolución del recurso de apelación (de cinco a tres días) (arts. 789.1; 792; 802.3, y 803.1.3ª, todos de la LECrim, respectivamente).

3. *El juicio de faltas*

La persecución de los ilícitos penales tipificados como falta se ha renovado totalmente con idéntico objetivo simplificador, recurriendo a dos cauces procesales diferentes, en atención a la conjunción de dos cuestiones concretas: a) Los ilícitos específicos a los que se quiere dar un tratamiento particular, como es el caso de los malos tratos y vejaciones, o b) la facilidad aceleradora derivada de que el juicio se tramite en el mismo juzgado en el que se iniciaron las actuaciones u otras circunstancias, como la facilidad para citar o identificar al denunciado.

a) El primero es el contemplado en el artículo 962 de la LECrim,

¹⁶ Que abierto el juicio oral y a falta de acusación personada, la fiscalía no ejercite la acusación; el ofrecimiento de acciones a los ofendidos por el delito tampoco conduzca a su ejercicio, y, finalmente, que tampoco el recurso al superior del fiscal acarree el repetido ejercicio.

para tres tipos específicos de faltas: la de los artículos 617, 620 del Código Penal (malos tratos y vejaciones, sustancialmente) en todo caso, y las faltas del artículo 623.1 del Código Penal (hurto) sólo cuando sea flagrante; siempre que además concurren los requisitos del artículo 963 de la LECrim, esto es: 1) Atestado policial; 2) competencia del Juzgado de Guardia; 3) comparecencia de todos los citados por la policía (o sin la presencia de alguno o algunos) si el juez la reputa innecesaria.

Estas faltas se desarrollarán por el trámite del procedimiento ordinario si: Falta alguno de los requisitos, esto es: el ofendido o el perjudicado ha presentado denuncia ante el juzgado; el Juzgado de Guardia no es competente; falta alguno de los citados y su presencia se reputa necesaria o no se podría practicar alguna prueba.

b) El resto de las faltas previstas en el Código Penal también pueden recibir un doble tratamiento, bien a través de enjuiciamiento inmediato, cuando concurren las circunstancias que facilitan tal aceleración, aun cuando no se trate de las faltas "privilegiadas", es decir, si concurren los requisitos del artículo 963 para el enjuiciamiento inmediato (excepto el relativo a la incoación por vía de atestado policial) y el denunciado está identificado o cabe la posibilidad de citarlo mientras dure el servicio de guardia, así como a todas las personas que deban comparecer. Estas faltas se tramitarán por el procedimiento ordinario, siempre que no sea posible el enjuiciamiento inmediato. En este caso el juez de guardia, si es competente, puede citar a quienes deban comparecer. En caso contrario debe remitir las actuaciones al órgano competente. Las especialidades del juicio de faltas, comunes a las dos variantes, se centran en la asistencia letrada y la posible ausencia del fiscal o del propio imputado.

En el primer sentido, sin que la asistencia letrada sea obligatoria, si alguna de las partes acude asistida de abogado, la otra puede solicitarlo, incluso de oficio (arts. 962.1 y 963.2, LECrim). En cuanto a la ausencia del denunciado, constituye, junto con los procedimientos en que se persiga delito castigado con pena de hasta dos años, el único caso en que la ausencia del acusado no acarrea la suspensión del proceso, salvo que el juez entienda ineludible la declaración del imputado (art. 971, LECrim). De ahí que las citaciones que

se hacen al denunciado contengan el apercibimiento de que el juicio de faltas puede celebrarse en su ausencia (art. 962.1, LECrim). Finalmente, se consagra la eventualidad de que el fiscal pueda no acudir a sostener la acción en las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido, previendo para tal caso que la declaración del denunciante tendrá valor de acusación aunque no califique la pena (art. 969.2, LECrim) (sentencias del Tribunal Constitucional 56/1994 y 115/1994).

III. Aspectos destacables de la reforma en el plano más general

En el seno de los procesos reformados y con aplicación a todos ellos e incluso a aquellos no modificados, cabe destacar dos novedades¹⁷.

1. Reforzamiento del derecho de defensa y de la atención a las víctimas

a) El artículo 775 de la LECrim fija la imputación formal en la primera comparecencia judicial. A partir de tal momento se deberá acudir asistido de letrado y surgirá la necesidad de la asistencia técnica de tales profesionales;

b) Se consagra, así, la entrevista con el letrado antes de dicha comparecencia judicial y por ende después de la eventual declaración en comisaría, y,

c) En idéntica dirección garantista, se incorpora plenamente la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, desarrollada por el R. D. 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En este sentido, se contabilizan—sólo en el texto articulado del procedimiento abreviado—hasta 7 menciones específicas a víctimas, ofendido o perjudicados:

En el artículo 761 de la LECrim (*Disposiciones Generales*), instrucción de los derechos de los artículos 109 y 110 de la LECrim; artículo 771 de la LECrim (la policía deberá informar a las víctimas del derecho a nombrar

¹⁷ Se rechazó desde el inicio, entre otras modificaciones, encomendar la instrucción del proceso al Ministerio Fiscal. El juez instructor, que nunca juzga, se valora como suficiente garantía del sistema acusatorio.

abogado; a mostrarse parte; a tomar parte en las actuaciones; a ejercitar la acción civil, advirtiéndole de que en otro caso lo hará el MF); artículo 776 de la LECrim (el secretario, en la primera comparecencia, deberá informarles de los derechos de los arts. 109 y 110, LECrim y de las medidas de asistencia a las víctimas); artículo 782 de la LECrim (el juez efectuará el ofrecimiento de acciones, si el único acusador es el MF y solicita el sobreesamiento, para que comparezcan en quince días a sostener la acción); artículo 785.3 de la LECrim (se informará a la víctima –aunque no se haya constituido como parte– de la celebración del juicio); artículo 789.4 de la LECrim (se notificará la sentencia a la víctima [ofendido o perjudicado] aunque no haya sido parte); artículo 792.4 de la LECrim (también debe notificarse la sentencia de apelación).

2. Consagración de la conformidad como uno de los instrumentos básicos del proceso penal

La regulación legal de la conformidad ha pasado por diferentes etapas.

1ª) Se contemplaba en la inicial concepción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con dos particularidades: a) configurarse como un sistema excluyente de la negociación, fundado en la renuncia a la prueba y la aceptación de la calificación más grave de las propuestas por la acusación, y b) prever el control judicial en torno a la revisión de la adecuación jurídica a la conformidad y la calificación jurídica y la pena. La incidencia práctica de esta medida era singularmente escasa.

2ª) La regulación incorporada por Ley de 28 de diciembre de 1988 introduce el “principio del consenso”. El objetivo de la conformidad, sin despreciar la economía procesal, es la facultad de negociar sobre la aplicación del *ius puniendi*, por un lado, y simultáneamente, por otro lado, renunciar a determinados derechos: a la celebración del juicio, a la presunción de inocencia, y a la interposición de recursos. El juez se limita a homologar la conformidad, previo aseguramiento de la concurrencia de voluntades en el acusado y su letrado. La *ratio* de procesos que se resolvieron aplicando esta nueva configuración fue muy alta y continúa progresivamente creciente.

3ª) La reforma de 24 de octubre de 2002 se decanta por el segundo de los sistemas citados (inclusión del llamado *plea guilty*), si bien devolviendo al juez que debe sentenciar las facultades revisoras del

acuerdo de conformidad en torno a la corrección legal de la calificación y la pena conformadas, así como la revisión del acuerdo de voluntades del acusado y su letrado¹⁸. El juez señalará la continuación del proceso, tanto si estima que la voluntad del acusado no ha sido prestada libremente y en la comparecencia no se integra tal requisito, como si la calificación o la pena conformada no son las correspondientes a los hechos con arreglo a lo señalado en el Código Penal (*iura novit curia*) y tampoco se corrige tal aspecto (arts. 787.3 if y 787.4 if, LECrim).

3. *La prueba preconstituída y el acusatorio*

Citáremos al inicio de estas líneas dos objetivos cuyo análisis no puede abarcar ahora, pero que sí merece la pena señalar brevemente: el continuo recordatorio del legislador sobre el posible uso de la prueba anticipada en determinadas circunstancias y las dificultades interpretativas que pueden originar un mal entendimiento del principio acusatorio. En el primer sentido, tanto en sede de procedimiento abreviado como de enjuiciamiento rápido, los artículos 777.2 y 797.2 de la LECrim respectivamente señalan que si se puede temer razonablemente que una prueba no podrá realizarse en el juicio, o puede motivar la suspensión de éste, cabe su práctica en la fase instructora siempre y cuando se asegure la contradicción sobre la misma, ya en la propia práctica, ya a través de su reproducción en el juicio oral, para lo que se exige su documentación en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen o la elaboración de la correspondiente acta por el secretario judicial.

En el segundo, relativo al complejo tema del contenido y esencia del principio acusatorio y específicamente la posición del juez ante el objeto del proceso penal, la reforma no lo acomete directamente pero sí incide de forma discutible.

Como es conocido, la posición del juez en el proceso penal, salvaguardando su imparcialidad, y atendiendo simultáneamente al interés público que subyace a la persecución de los delitos y a su realización únicamente a través del mismo, se ha salido en los últimos años con la casi absoluta equiparación entre el principio acusatorio y el dispo-

¹⁸ Véase art. 787.4 if, LECrim.

¹⁹ En el proceso español, junto a la acusación oficial del MF, cabe el ejercicio de la acción por la víctima (acusación particular) o por cualquier ciudadano (acción popular), si concurren, en este último supuesto, determinadas circunstancias.

La prisión provisional supone la privación de libertad de un sujeto mediante su ingreso en un centro penitenciario en tanto se encuentra pendiente un proceso penal frente a él y siempre que se cumplan los presupuestos señalados en la ley. Su naturaleza, que corresponde a la de una medida cautelar, presenta particulares perfiles en la medida en

1. *Naturaleza y características*

Atendiendo al mandato del Tribunal Constitucional español que desde febrero de 2000 había advertido al legislador de la necesidad de adecuar la regulación contenida en los artículos 503 y siguientes de la LECrim a las exigencias constitucionales, el 24 de octubre de 2003 se aprueba la Ley Orgánica 13/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, modificada levemente por LO 15/2003, de 25 de noviembre, del Código Penal.

IV. La reforma de la prisión provisional

sitivo, lo que conduce inevitablemente a la también equiparación entre proceso civil y proceso penal. Esta errónea asimilación se plasma también en la reforma a la que venimos refiriéndonos, pudiendo provocar, a lo peor casual, pero inevitablemente, una limitación inaceptable del derecho de defensa. El artículo 788 de la LECrim permite al tribunal solicitar a la acusación y defensa el esclarecimiento de los hechos objeto de prueba o su valoración jurídica, cuando considere que uno u otra es erróneo. Cualquier modificación a este respecto debe salvar guardar la contradicción y debe ser acogida por alguna de las partes acusadoras¹⁹. Ocurre, empero, que la redacción legal, centrada en que el tribunal necesite siempre de un acusador que "asuma la modificación", no ha reparado en que una lectura literal del artículo 789.3 de la LECrim puede conducir a que dicha aceptación implique una condena que modifique sustancialmente el hecho enjuiciado o una diversidad de bien jurídico protegido, frente a la cual la defensa sólo habrá dispuesto de diez días para reorganizar su estrategia.

que incide sobre el derecho fundamental a la libertad de movimientos (art. 17, Constitución española, en adelante CE). Es entre las medidas cautelares penales la más efectiva y a la vez la más criticada, lo que no impide reconocer simultáneamente la dificultad de sustituirla por otra (vid. Resoluciones del Consejo de Europa 11 [65] y 80 [80]).

Constituyen características generales de la prisión provisional, la excepcionalidad, la instrumentalidad y la proporcionalidad, comprendiendo a su vez esta última la idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* o razonabilidad.

La *excepcionalidad* significa que la ley procesal española opta, cuando menos en el aspecto formal, por la libertad provisional como regla general y primera opción, por tanto, entre las que se debe preferir frente a la prisión provisional. De ahí las palabras de la Exposición de Motivos de la ley de reforma citada: "...no puede haber mas supuesto de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente de-tallada prevea. La instrumentalidad evita que la prisión provisional sea un fin en sí misma y obliga a configurarla como mero instrumento para hacer efectivos los fines cuya obtención la justifican. Se proyecta sobre múltiples aspectos conexos a la exigencia de proporcionalidad y adquiere asimismo significado en la temporalidad, como veremos después. La *proporcionalidad* exige que la norma restrictiva, del derecho a la libertad de movimientos tenga un contenido proporcionado a los fines que con la prisión provisional se pretende alcanzar. Expresado en otros términos, para privar de libertad a alguien debe exigirse un fin constitucionalmente legítimo. Junto a la necesidad e idoneidad de la medida se requiere que concorra la *proporcionalidad "stricto sensu"*, es decir, el juicio de ponderación entre los intereses en juego, de manera que el sacrificio de la libertad de la persona resulte razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

2. Presupuestos de la prisión provisional

El artículo 503 de la LECrim sujeta a acordar la prisión provisional a la concurrencia de tres presupuestos: subjetivo, objetivo y teleológico, respectivamente:

A) *Subjetivo*: Que aparezcan en la causa motivos bastantes para

crear responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión (art. 503.1.2º, LECrim);

B) *Objetivo*: Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión.

Si bien pudiera parecer que, tal como señala la Exposición de Motivos y constaba en el inicial Proyecto de Ley presentado a las Cortes, se constituía un marco mínimo de penas privativas de libertad en las que no cabía la prisión provisional –aquellas de hasta dos años–; la regulación final contempla cuatro excepciones en las que cabrá adoptar la prisión provisional aunque la pena sea inferior a dos años:

a) Que el imputado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de delito doloso (art. 503.1.1º if, LECrim);

b) Que estimándose riesgo de fuga, se hayan dictado contra la persona imputada al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos últimos años anteriores (art. 503.1.3º, a, III, LECrim);

c) Que se trate de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, específicamente cuando se trate de la violencia de género (delitos del art. 173, Cód. Pen.) (art. 503.1.3º, c, LECrim);

d) Que buscando evitar la reiteración del delito de que se trate, de los antecedentes y otros datos disponibles pueda inferirse que el imputado actúa concertada y organizada o con habitualidad (art. 503.2.III if, LECrim).

C) *Teleológico*: Que los fines perseguidos con la medida sean constitucionalmente legítimos.

La consecución de estos objetivos constituye el parámetro que evita caer en la “automatización” de la medida, como aspecto inadmisiblemente constitucionalmente. Era precisamente la vinculación directa de la medida con el quantum de pena previsto para determinados delitos lo que se estimaba como presupuesto de la prisión provisional inconstitucionalmente inadmisibles (STC 47/2000).

A tenor de la doctrina constitucional, la reforma varía dicha *ratio* y recoge que mediante la prisión provisional pueden perseguirse sólo

finés constitucionalmente legítimos, concretamente: dos fines ordinarios (asegurar la presencia del imputado cuando pueda inferirse riesgo de fuga, o evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba), y otro excepcional (evitar la reiteración delictiva).

Junto a ellos se ha incorporado en la tramitación parlamentaria la finalidad de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente en los supuestos de violencia de género (violencia doméstica). Esta especificación expresa debe interpretarse en el marco de la decidida lucha contra este tipo de delincuencia, de las que no se ha querido excluirse la prisión provisional, incluso en el supuesto de delitos de este tipo perseguidos con penas inferiores a dos años.

Para valorar la concurrencia de los presupuestos el legislador marca determinados parámetros en atención al fin concreto que se persiga con la medida:

a) Asegurar la presencia del imputado cuando quepa pensar en un riesgo de fuga.

A efectos de evaluar la existencia y grado del riesgo, el legislador señala una serie de pautas: la naturaleza del hecho; la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado; la situación familiar, laboral y económica de éste, y la inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente si se trata de un procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

Recuérdese que se sitúa en este apartado la segunda de las excepciones al límite mínimo de la prisión provisional, los dos años. Cabría adoptar esta medida cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. Aun cuando el delito se persiga con pena inferior a los dos años (art. 503.1.3º, a, II if, LECrim).

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, siempre que éstas sean relevantes para el enjuiciamiento y exista un peligro fundado y concreto.

El fin es preservar las fuentes de prueba, especialmente aquellas relevantes para el enjuiciamiento, y sobre las que se detecte, además, la existencia de un peligro fundado y específico.

Estas valoraciones atienden a la capacidad del imputado para aceder por sí o a través de terceros a las repetidas fuentes o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

Destaca a este respecto la advertencia legal de no utilizar la prisión provisional cuando la inferencia del peligro de ocultación provenga de la falta de colaboración del imputado o de las actuaciones achacables al legítimo uso del derecho de defensa (art. 503.1.3º, b, II, LECrim).

c) Se añade como apartado c) de este ordinal tercero el evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173 del Código Penal. Como ya se adelantó, se trata de un supuesto extravagante desde un punto de vista metodológico, en la medida en que constituye un caso específico insertado en una norma de carácter general.

d) *También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.* La redacción del precepto pone de manifiesto una concepción excepcional del supuesto, no sólo por su inicio, "también", sino por la innecesaria remisión a la concurrencia de los requisitos del artículo 503.1, 1º y 2º, carente de fundamento más allá del señalado carácter, que opera en la difícil línea divisoria entre la tutela cautelar y la tutela preventiva.

A esta naturaleza se le unen una limitación y un criterio evaluador. En cuanto a la primera, sólo cabe en los delitos dolosos, nunca en los imprudentes. Y en segundo término, para valorar el riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho y a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

También se incluye aquí una excepción al límite mínimo de los dos años: cuando se delinca de forma organizada o con habitualidad.

3. *Provisionalidad de la medida: duración de la prisión provisional*

El artículo 17.4 de la CE exige que la ley prevea un plazo máximo de duración de la prisión provisional, garantía que se completa doblemente con la también garantía constitucional a un plazo razonable y el respeto a la característica de instrumentalidad de la medida cautelar.

Atendiendo a este mandato, el reformado artículo 504 de la LECrim señala en su párrafo primero: *la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en los artículos anteriores* (los constitucionalmente legítimos) *y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.*

A) Plazos máximos de duración de la medida:
la doctrina del "plazo razonable"

El artículo 504.1 de la LECrim, al incluir la citada prescripción conforme a la cual la medida "durará el tiempo imprescindible...", consagra la doctrina constitucional del "plazo razonable", con arreglo a la cual deben fijarse unos máximos, pero las circunstancias concretas del caso deberán conducir a que la situación de limitación del derecho fundamental sea la mínima imprescindible a tenor de los objetivos concretos. Toda situación cautelar (prisión o detención preventiva) que exceda estos límites vulnera el derecho a la libertad del artículo 17 de la CE, como sucedería con los plazos máximos a los que inmediatamente se hace referencia.

Complemento y manifestación de la instrumentalidad de la medida y exigencia constitucional es la necesidad de señalar los plazos máximos de la prisión provisional. En esta dirección, el artículo 504 de la LECrim vincula la duración de la prisión provisional a dos parámetros: a) la duración de la pena que corresponda al delito en cuestión, y b) el tipo de fin constitucionalmente legítimo de la medida.

a) Cuando la medida se dicte para: 1) asegurar la presencia del imputado; 2) evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, o 3) impedir la reiteración delictiva, tendrá una duración máxima de un año si el delito tiene pena señalada igual o inferior a tres años. Si el delito tiene señalada una pena superior a tres años, la medida podrá durar, como máximo, dos años (art. 504.2, LECrim).

b) Cuando la prisión provisional se haya acordado para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, la duración máxima se reduce a seis meses.

Con carácter especial, si se decretó el secreto del sumario o la

prisión incomunicada, y antes de los seis meses se levanta el secreto o se pasa a prisión comunicada, el artículo 504.3.II de la LECrim exige que el juez motive nuevamente la subsistencia de este presupuesto específico para la prisión provisional.

La diferencia de plazos máximos obedece a la proporcionalidad que debe imperar también en esta materia de duración de la medida. Proporcionalidad que exige en el supuesto b) una drástica reducción, ya que la duración de la instrucción no puede justificar en modo alguno una limitación más extensa del derecho a la libertad.

B) *Prórroga del plazo: necesidad de celebrar una audiencia y de que solicite la medida algún acusador*

El artículo 504 de la LECrim prevé dos tipos de prórrogas: a) cuando se haya acordado para asegurar la presencia del imputado, la protección de la víctima o evitar la reiteración delictiva, y b) cuando se haya recurrido la sentencia condenatoria.

Por otra parte, atendiendo a la doctrina del TEDH y del TC, se exige, también a la hora de prorrogar la excepcional situación de privación de libertad, celebrar la audiencia en los términos que contempla el artículo 505 de la LECrim, tal como se verá después.

a) En los casos de asegurar la presencia del imputado, proteger a la víctima o evitar la reiteración delictiva, cuando concurren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en el año o dos correspondientes, cabrá adoptar una sola prórroga de otros dos años si el delito se persigue con una pena de más de tres años o de seis meses si la pena es igual o inferior. Adviértase aquí que se contempla la posibilidad de una única prórroga, así como la extensión de ésta en los plazos señalados. Y por otra parte, que se exige para la prórroga la celebración de la audiencia, tal como se adelantó, en los términos previstos en el artículo 505 de la LECrim.

b) En caso de sentencia condenatoria no cabe entender la prórroga automática de la prisión provisional, porque así lo han reiterado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y porque de no ser así se vulneraría la necesidad de motivación de la reso-

lución que adopta la medida. Esta exigencia se comprende en el artículo 504.2.II de la LECrim al establecer que si el imputado resulta condenado, cabrá prorrogar la prisión provisional hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia re-currida.

C) *Cómputo del plazo*

El artículo 504.5 de la LECrim incorpora la esencia de la doctrina constitucional en este respecto. Con arreglo a la misma, para el cómputo de los plazos establecidos se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiera estado detenido o sometido a prisión provisional, siempre que se trate de la misma causa.

Por otro lado, del cómputo se descontará el tiempo que la causa sufriera dilaciones no imputables a la Administración de Justicia, de manera que también se tenga en cuenta el tiempo que la causa haya estado paralizada por actos de mala fe imputables a las partes y aquellos que pudieran constituir fraude procesal.

D) *Libertad por expirar el plazo máximo: cautelas ante tal situación*

Consecuencia inmediata del transcurso del plazo máximo para permanecer en prisión provisional en los términos señalados (plazos previstos legalmente, más prórroga, en su caso) es la cesación en la situación excepcional de privación de libertad, esto es, la inmediata puesta en libertad del hasta ahora preso preventivo.

Dicha circunstancia, en modo alguno deseable ya que supone enervar los efectos por los que se adoptó la medida, se contempla en la Ley prescribiendo que cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, se comunicará a los órganos de gobierno de los tribunales competentes para que tomen las medidas precisas para acelerar el proceso, que gozará de tramitación preferente a cualquier otro (art. 504.6, LECrim). Por otro lado, la puesta en libertad originada por el transcurso del tiempo previsto legalmente no impide un nuevo acuerdo de privación de libertad, siempre que éste derive de la falta de personación sin motivo legítimo a una llamada judicial (art. 504.4, LECrim). No existe

previsión legal de un máximo para esta nueva prisión provisional. La solución en tal caso debe ponderar la bondad de aplicar las reglas generales del artículo 504 de la LECrim, tanto en cuanto a la duración y su cómputo, como respecto a las eventuales prórrogas frente a la discrecionalidad judicial ante la laguna legal.

4. Procedimiento para la adopción o prórroga de la prisión provisional: tribunal competente, la preceptiva audiencia, resolución y recursos

A) Tribunal competente

Podrán decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias y el juez de lo penal o el tribunal que conozca de la causa (art. 502.1, LECrim). La misma regla de atribución de competencia se contempla en el artículo 505.1 de la LECrim.

Con esta previsión se remedia el vacío legal existente con anterioridad y se cubre el arco de los diferentes momentos procesales en que puede resultar preciso adoptar esta medida cautelar (las primeras diligencias, la fase de instrucción o la fase de juicio oral).

A esta regla general pueden añadirse dos casos especiales derivados del juego de los recursos. En el primero, cabe que quien resulte competente para dictar el auto de prisión provisional sea el juez superior del juez de instrucción, si éste estima el recurso contra la decisión de no acordarla del juez de instrucción (arts. 507 y 766.5, LECrim). En el segundo, la competencia correspondería al órgano que dicte la sentencia definitiva, cuando ésta sea recurrida y se acuerde la prórroga de la medida estando pendiente de resolver el correspondiente recurso de apelación o de casación.

B) Necesidad de celebrar una audiencia y que se solicite la prisión por una parte acusadora

El juez a quien se pone a disposición el detenido debe resolver sobre su situación personal, tanto si es aquel a quien corresponde su instrucción (art. 505.1, LECrim), como si no lo es y el detenido no puede ser puesto a disposición del competente en el plazo de 72 horas (art. 505.6, LECrim). En este último supuesto, una vez que el juez o

tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al imputado, asistido de su abogado, tan pronto le sea posible y dictará la resolución que proceda.

Salvo que la decisión consista en ponerle en libertad provisional sin fianza, la convocatoria de la audiencia es preceptiva. Dicho de otra manera, debe celebrarse la audiencia si se prevé resolver la prisión provisional, la libertad provisional con fianza y tanto si se está detenido como si no (art. 505.1 y 2 if, LECrim). El carácter preceptivo de esta comparecencia es diluir el principio de oficialidad y reforzar el carácter contradictorio del sistema, mediante evitar que tanto la iniciativa como la decisión recaigan en el mismo órgano que además conduce la instrucción.

La audiencia convocada de forma inminente deberá celebrarse en el plazo más breve posible, pero en todo caso antes de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial. Es decir, en un plazo equivalente al máximo de la detención.

A la misma se cita al imputado, que deberá acudir asistido del letrado que haya nombrado o de otro designado de oficio; al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La tendencia a consagrar la posición del juez como tercero que resuelve imparcialmente conduce a la necesidad de sujetar tanto la resolución de prisión provisional como la de libertad provisional con fianza a la necesaria instancia de alguna de las partes acusadoras. De ahí que se prescriba la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviera detenido, si ninguna de las partes insta cualquiera de estas resoluciones (art. 505.4 if, LECrim).

En lo relativo al desarrollo de la audiencia, la simplicidad es la nota común, teniendo presente que la resolución es objetivo prioritario y único. Tal hecho conduce a que se prevea únicamente la existencia de alegaciones y proposición y celebración de prueba, si estas últimas pueden practicarse en el acto o dentro de las 72 horas de las que dispone para celebrar la audiencia.

Recuérdese que la celebración de esta audiencia se exige, asimismo, cuando se trata de prorrogar la ya acordada y en los mismos términos analizados. No es preceptiva, sin embargo, cuando se trata de la prórroga tras sentencia condenatoria. Esta afirmación se sustenta, tanto en que el artículo 504.2.II de la LECrim no establece

nada al efecto, cuanto en la jurisprudencia constitucional, que considera salvada la exigencia con el escrito de preparación del recurso (STC 108/1997).

Pese al carácter preceptivo de la audiencia en los términos señalados, la necesidad de adoptar una resolución sobre la situación personal del imputado, por una parte, y el que los retrasos puedan resultar justificados, por otra, conducen a excepcionar la audiencia permitiendo acordar la medida, siempre que concurren los presupuestos del artículo 503 de la LECrim y en las 72 horas siguientes se convoque nuevamente la audiencia, adoptando entretanto las medidas que se estimen procedentes.

C) Resolución sobre la prisión provisional

La decisión adopta la forma de auto que deberá estar motivado, tanto respecto de la concurrencia de los presupuestos, como de los elementos valorativos que han conducido a la adopción de la medida. El auto será notificado al imputado y a los directamente ofendidos y perjudicados por el delito, cuya seguridad pueda verse afectada por la resolución (art. 506.3, LECrim).

D) Recursos contra la adopción de la medida

El artículo 507.1 de la LECrim señala que contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado (con o sin fianza) podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766 de la LECrim, que gozará de tramitación preferente.

E) La resolución sobre prisión provisional en caso de que se haya decretado el secreto del sumario

La declaración de secreto del sumario no incide a la hora de los presupuestos para adoptar la resolución, pero sí lo hace en lo relativo a dos extremos concretos: el contenido del auto y, a partir de ahí, el recurso contra la citada resolución.

a) Para salvaguardar la finalidad de la declaración de secreto del sumario, y simultáneamente no enervar las garantías exigibles en la

resolución que limita un derecho fundamental, el artículo 506.2 de la LECrim contempla que la copia del auto de prisión que debe notificarse omite aquellas cuestiones imprescindibles para preservar la finalidad del secreto. Ahora bien, junto a ello se señalan las siguientes medidas compensatorias: 1) el auto deberá expresar los particulares que se han omitido por tal causa; 2) la copia deberá dejar constancia, en todo caso, de una sucinta descripción del hecho imputado, así como de los fines constitucionalmente legítimos que se persiguen (es decir, alguno de los contemplados en el art. 503). Finalmente, tan pronto se alicie la declaración del sumario, deberá notificarse al imputado el auto íntegro, que recuérdese deberá venir motivado nuevamente (art. 506.2 if, LECrim).

b) En las hipótesis de declaración de secreto del sumario, si al tiempo de la interposición del recurso no se había notificado el auto en su totalidad, para garantizar que cabrá interponer tal recurso contra los extremos desconocidos por tal circunstancia se extiende el plazo de interposición al momento de la notificación de su contenido íntegro (art. 507.2, LECrim).

F) *Ejecución de la resolución: mandamientos a la policía judicial y al director del establecimiento penitenciario*

El artículo 511 de la LECrim señala la necesidad de unir al auto de prisión dos mandamientos: uno a la policía judicial y otro al director del establecimiento. Idéntico mandato se establece respecto del alza-

5. *Clases de prisión provisional: comunicada e incommunicada. Medidas alternativas a la prisión en caso de enfermedad y tratamiento de desintoxicación*

La Ley contempla dos clases de prisión provisional, así como dos medidas específicas y alternativas a la prisión provisional: en los casos de enfermedad del preso o cuando éste se halle sometido a tratamiento de desintoxicación.

A) La posibilidad de dictar *prisión provisional incommunicada* constituye más una clase de prisión que un grado de ésta. El artículo 509

de la LECrim contempla esta eventualidad en los siguientes términos: "para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas su-puestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos".

Las consecuencias de esta modalidad son el establecimiento de un plazo máximo notablemente reducido: *al tiempo máximo para practicar con urgencia diligencias tendientes a evitar los peligros* que condujeron a adoptar la incomunicación, y que como máximo puede extenderse a cinco días. Este último plazo sólo puede prorrogarse, una vez, y por el mismo tiempo, en el supuesto excepcional de delito cometido por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas o in-dividuos terroristas o rebeldes (art. 384 bis, Cód. Pen.) o delincuencia organizada. También se prevé que levantada la incomunicación, ésta se adopte de nuevo, si concurren motivos suficientes y por otro plazo que no podrá exceder de tres días (art. 509.2.II if, LECrim).

Como la incomunicación se acuerda para preservar determinadas conductas que el detenido podría instar aun estando en prisión, y sólo con tal fin, cabe atenuar la rigidez de la incomunicación permitiendo que pueda asistir a determinadas diligencias, contar con determinados efectos o recibir incluso alguna comunicación exterior, tal como su-cedería si la prisión fuera comunicada, y siempre y cuando tales me-didas no frustren los efectos de la incomunicación y se adopten en su caso las contramedidas necesarias (art. 510.1, 2º y 3º, LECrim). Se prevé, asimismo, el derecho del preso incomunicado a solicitar una segunda revisión por el médico forense designado por el juez o tribunal competente (art. 510.4, LECrim).

B) *El arresto domiciliario como medida sustitutiva por enfermedad del imputado.*

La falta de un auténtico cuerpo legal de medidas cautelares en el ámbito penal en el ordenamiento procesal español deja el arresto domiciliario, no como una medida cautelar autónoma, sino como sus-titutiva de la prisión provisional en los casos en que por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. Como complemento del arresto domiciliario podrán adoptarse las

medidas de vigilancia que resulten necesarias; así, por ejemplo, pulseras como las empleadas en el marco de ejecución de pena con permiso de fin de semana. Si el tratamiento debe realizarse fuera del domicilio, el juez autorizará la salida con la vigilancia precisa (art. 508.1 if, LECrim).

C) *El ingreso del drogadicto sometido a tratamiento de desintoxicación.*

También como alternativa a la prisión provisional y específicamente por la ausencia de una previsión general de esta medida, el artículo 508.2 prevé específicamente el ingreso del imputado sometido a desintoxicación o deshabitación, cuando el ingreso en prisión provisional pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento.

El tratamiento debe haberse iniciado con posterioridad a la comisión de los hechos que originan el procedimiento. El imputado internado no podrá salir del centro sin autorización del órgano judicial que adopta la medida. Los centros que pueden acoger este régimen son los oficiales o aquellos que pertenezcan a una organización reconocida legalmente (art. 508.2, LECrim).

A modo de reflexión final, tan sencilla como plausible, el acierto de la reforma vendrá determinado por el correcto equilibrio que se haya podido alcanzar en los dos diferentes ámbitos que abarca la reforma. Por una parte, la necesidad de aceleración y la ineludible reducción de garantías anudadas a tal objetivo; o, lo que es lo mismo, haber encontrado, en definitiva, el siempre difícil punto medio entre los siguientes parámetros: una justicia más cercana a la comisión del delito, que otorgue una tutela efectiva para todos y salvaguarde, simultáneamente, el derecho de defensa y la atención a los derechos de las víctimas. Por otro lado, y en lo referente a la prisión provisional, en la medida en que la nueva regulación acoge en gran parte la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, hace prever un resultado ajustado a las garantías constitucionales. Cabe señalar, empero, que la existencia en el texto legal definitivo de alguna restricción sustancial, como eliminar el límite mínimo de los dos años, deberá probar su justificación en su aplicación a la realidad diaria.

LEY DE ESTUPREFACIENTES ALEMANA (BtMG)

por LEONARDO G. BROND

SUMARIO: I. Introducción. II. Panorámica. III. Traducción de la BtMG.

I. Introducción

Si bien se ha dicho que la Ley de Estuprefacientes 23.737 tiene "carácter draconiano"¹, no se han encontrado hasta ahora elementos para una ley más racional a la vigente. La abrumadora bibliografía que se ocupa del tema está lejos de fijar pautas para una legislación más racional.

Quien lea la Ley de Estuprefacientes alemana (BtMG) posiblemente descubra, entre otras cosas, que algunas de las penas conminadas son varias veces inferiores a las previstas en la ley argentina 23.737².

¹ NEUMAN, Elias, *La legalización de las drogas*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 96.

² La sanción más grave en la BtMG es la pena privativa de libertad no menor de cinco años (§ 30a). También, en otros hechos punibles, que tienen prevista una escala penal más amplia, el monto máximo sigue siendo pena privativa de libertad de hasta cinco años (§ 29 [II], § 29a, § 30, BtMG). En la ley 23.737, por contra, son numerosos los tipos penales cuya escala penal llega a la pena privativa de libertad de hasta doce (art. 6º, párrs. 2 y 3; art. 10, párr. 1 de la ley 23.737), quince (art. 5º, art. 6º, párr. 1; art. 8º de la ley 23.737), o veinte años (art. 7º de la ley 23.737). Ello sin perjuicio de las agravantes del art. 11 de la ley 23.737.

La traducción que aquí presento se refiere a un ejemplar actualizado de la BtMG³ que me fue enviado por el profesor Naucke, a quien le agradezco una vez más su atenta disposición.

II. Panorámica

La Ley de Estupefacientes alemana (BtMG) es una de las leyes penales más interesantes del denominado "Derecho Penal accesorio"⁴, incluso también del denominado "Derecho Penal de los hechos"⁵.

El consumo de las denominadas drogas "blandas" no fue penalizado y probablemente en el futuro va a quedar también impune. La tenencia o adquisición de cantidades insignificantes de estupefacientes para consumo personal permite dispensar de la pena, tal como se verá más adelante.

Con la frase clave "Terapia en lugar de pena" se está abriendo paso una línea de pensamiento que otorga a autores penales drogadependientes la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad no mayor de dos años reemplazándola por un tratamiento tendiente a la rehabilitación; también permite dispensar de la persecución penal habiendo un tratamiento en curso, cuando no es de esperar una pena elevada. El problema radica en que a la larga el número de lugares para terapia no es suficiente, a tal punto que los autores no

³ Versión publicada del 1-3-94 (BGBl. I, p. 358) con el agregado de la última reforma legislativa del 26-6-2002 (BGBl. I, p. 2261).

⁴ Respecto de la palabra clave "Derecho Penal accesorio", ver NAUCKE, *Straf-echt. Eine Einführung*, 10ª ed., Luchterhand, Frankfurt a. M., 2002, ps. III y ss., 204, 226, 292 y ss., 341.

⁵ Hoy la separación entre los hechos punibles conminados y los hechos punibles realmente castigados ha cuestionado la tradicional "Parte especial" del Derecho Penal. Siguiendo esta separación, habría una diferencia entre "el Derecho Penal de los libros", que los estudiantes deben dominar como requisito para aprobar en la universidad, y "el Derecho Penal de los hechos", que abarca los delitos efectivamente penados (MAZZACUVA, *El futuro del Derecho Penal*, trad. de M. A. Rodríguez Arias, en AA. VV., *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 234). En este "Derecho Penal de los hechos" se encuentra la inmensa mayoría de los delitos contra la propiedad, incluidos en contextos de venta de drogas duras, y no siempre se enseña en la universidad.

se pueden internar o no pueden hacerlo voluntariamente⁶. Hoy en día se posibilita a los *Länder*⁷ el otorgamiento de una autorización para crear "espacios para consumo de drogas" (brevemente: "drogatorios"), en donde los drogadependientes tienen la oportunidad de consumir las drogas llevadas por ellos a ese lugar.

Algunas palabras acerca de la estructura de la ley. La BTMG contiene ocho capítulos. El primer capítulo (§ 1 y 2) contiene –al igual que los § 11 y 12 del Código Penal alemán (StGB)– *Determinaciones conceptuales* (definiciones de los conceptos de "estupéficas", "sustancia", "preparado", "preparado exceptuado", "productos"). Los estupefacientes son las sustancias y preparados mencionados en los anexos I, II y III. Esta clasificación de los estupefacientes, según el número de anexo, produce importantes consecuencias jurídicas, que están diseminadas por el texto de toda la BTMG (§ 3, § 4, § 13, § 14, párr. V; § 26). Estos anexos, por lo general, no aparecen incluidos en el texto de la ley, razón por la cual tampoco aparecen reproducidos aquí.

El Capítulo Segundo (§ 3 al 10a) lleva el título *Autorización y procedimiento para obtenerla*. Aquí está regulado cuáles son las conductas relativas a estupefacientes que requieren autorización (promover, importar, exportar, suministrar, vender, etc.). También hay casos en los cuales no se requiere autorización (§ 4). Hay una regulación detallada de los requisitos para obtener la autorización (§ 6, 7 y 8), de las causas de su denegatoria (§ 5) y de revocación (§ 10), así como del contenido de la autorización (§ 9). Aquí también está regulada la autorización para instalar un "drogatorio" (§ 10a).

El Capítulo Tercero (§ 11 al 18) regula los deberes de quienes participan en el tráfico de estupefacientes: garantizar y asegurar los estupefacientes (§ 15), destruir (§ 16), llevar registros (§ 17), dar pre-cisiones sobre la plantación, producción, etcétera (§ 18). Para importar o exportar estupefacientes se requiere, además de la autorización pre-

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Einführung, XXXVI, StGB*, 38ª ed., Beck, München, 2002.

⁷ Los *Länder* son los Estados provinciales de la República Federal de Alemania. Ejemplo: Hesse, Turingia, Sajonia, Baviera, entre otros.

⁹ El ejército encargado de proteger las fronteras federales de la R. F. A.

¹⁰ GALLEGGO SOLER, José Ignacio, *Los delitos de tráfico de drogas II*, Bosch, Barcelona, 1999, ps. 149 y 177; AMBOS, Kai y otros, *El tratamiento penal de los correos de drogas en Alemania*, Dinamarca, *Países Bajos y España*, trad. de Ana García Esteban, en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 373 y ss. y 396 y ss.; ZIELINSKY, Diethart, *Dolo e imprudencia, comentario*

El ejército de la R. F. A.

Los parágrafos de los Capítulos Sexto (*Hechos punibles y contravenciones*: § 29 al 34) y Séptimo (*El autor penal drogadependiente*: § 35 al 38) son, evidentemente, los más interesantes desde el Derecho Comparado, y por ello los más citados en artículos y monografías¹⁰.

Los Tratados internacionales sobre estupefacientes (§ 28).

General de las Naciones Unidas un informe sobre el cumplimiento de información así reunida, el Gobierno Federal presenta al Secretario de farmacodependencia y productos medicinales (§ 27). Con toda la (§ 26). Todas estas autoridades deben dar informes al Instituto Federal *grenzschnitz*⁹, las autoridades de almacenamiento de material sanitario aparecen las siguientes instituciones: el *Bundeswehr*⁸, la *Bundes-* círculo de autoridades que aplica y ejecuta esta ley. De esta manera El Capítulo Quinto (§ 26 al 28) amplía, con ciertas salvedades, el que presenta el cultivo de cáñamo (§ 19, 24a) se verán en su momento. medidas de fiscalización y de colaborar en la misma (§ 24). Los matices gación del partípe en el tráfico de estupefacientes de soportar las pruebas con fines de investigación (§ 23). Correlato de ello es la obligación de las personas encargadas de la fiscalización, tales como examinar documentación, solicitar informes, reconocer lugares (§ 22), tomar Hay delegaciones de competencias (§ 20) subordinadas al aprovisio- namiento medicinal de la población. Están reguladas las atribuciones medicinales (§ 19), como también de las autoridades de los *Länder*. está a cargo del Instituto Federal de farmacodependencia y productos cientes. La fiscalización, también mencionada en el § 5, párrafo II, miento de los deberes y de la autorización en el tráfico de estupefa- El Capítulo Cuarto (§ 19 al 25) regula la fiscalización del cumpli- denominación de los estupefacientes (§ 14).

El Capítulo Cuarto (§ 19 al 25) regula la fiscalización del cumplimiento de los deberes y de la autorización en el tráfico de estupefacientes. La fiscalización, también mencionada en el § 5, párrafo II, está a cargo del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales (§ 19), como también de las autoridades de los *Länder*. Hay delegaciones de competencias (§ 20) subordinadas al aprovisio- namiento medicinal de la población. Están reguladas las atribuciones medicinales (§ 19), como también de las autoridades de los *Länder*. está a cargo del Instituto Federal de farmacodependencia y productos cientes. La fiscalización, también mencionada en el § 5, párrafo II, miento de los deberes y de la autorización en el tráfico de estupefa- El Capítulo Cuarto (§ 19 al 25) regula la fiscalización del cumpli- denominación de los estupefacientes (§ 14).

El Capítulo Cuarto (§ 19 al 25) regula la fiscalización del cumplimiento de los deberes y de la autorización en el tráfico de estupefacientes. La fiscalización, también mencionada en el § 5, párrafo II, está a cargo del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales (§ 19), como también de las autoridades de los *Länder*. está a cargo del Instituto Federal de farmacodependencia y productos cientes. La fiscalización, también mencionada en el § 5, párrafo II, miento de los deberes y de la autorización en el tráfico de estupefa- El Capítulo Cuarto (§ 19 al 25) regula la fiscalización del cumpli- denominación de los estupefacientes (§ 14).

El Capítulo Cuarto (§ 19 al 25) regula la fiscalización del cumplimiento de los deberes y de la autorización en el tráfico de estupefacientes. La fiscalización, también mencionada en el § 5, párrafo II, está a cargo del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales (§ 19), como también de las autoridades de los *Länder*. está a cargo del Instituto Federal de farmacodependencia y productos cientes. La fiscalización, también mencionada en el § 5, párrafo II, miento de los deberes y de la autorización en el tráfico de estupefa- El Capítulo Cuarto (§ 19 al 25) regula la fiscalización del cumpli- denominación de los estupefacientes (§ 14).

Bajo el título *Hechos punibles* se encuentran tanto "crímenes" (*Verbrechen*) como "delitos" (*Vergehen*). Las contravenciones se encuentran reguladas en el § 32. Es de destacar que el contenido de los hechos punibles y de las contravenciones se determina mayoritariamente por infracciones a los deberes establecidos en los § 3, 4, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 18a, 20, 24 y 28 de la BtMG. Por ejemplo: producir estupefacientes o preparados sin la autorización prevista en el § 3; distribuir estupefacientes en infracción al § 11; hacer publicidad de los estupefacientes en infracción al § 14, etcétera.

III. Traducción de la BtMG

Capítulo Primero – Determinaciones conceptuales

§ 1 Estupefaciente

(I) Estupefacientes en el sentido de esta ley son las sustancias y preparados mencionados en los anexos I al III.

(II) El Gobierno Federal está facultado para modificar por decreto con asentimiento del Consejo Federal los anexos I al III, luego de oír el dictamen de los técnicos, cuando esto sea necesario:

1. según el conocimiento científico, debido al modo de funcionamiento de una sustancia, respecto de la provocación de una dependencia,

2. debido a la posibilidad de poder producir estupefacientes con una sustancia o con empleo de una sustancia, o

3. para la seguridad o para los controles del tráfico de estupefacientes o de otras sustancias o de preparados debido a la medida abusiva de su empleo y debido al peligro mediano o inmediato para la salud.

En el decreto previsto en la oración 1 pueden quedar total o parcialmente exceptuados de la aplicación de esta ley, o del decreto dictado en base a esta ley, sustancias o preparados en tanto la seguridad y los controles del tráfico de estupefacientes queden garantizados.

facientes;
es un preparado mencionado en los anexos I al III, que está total o parcialmente exceptuado por los preceptos del régimen de estupe-

3. Preparado exceptuado:
que se encuentran en su estado natural;
o la solución de varias sustancias excepto las mezclas y soluciones
es, sin consideración de su estado físico, una mezcla de sustancias

2. Preparado:
en su estado natural;
bruto o refinadas— así como sus mezclas y soluciones que se encuentran
química y su éster, éter, isómeros, uniones de moléculas y sales —en
plantación en estado cultivado o no cultivado así como una unión
es una planta, una plantación parcial, una parte constitutiva de una

1. Sustancia:

(I) En el sentido de esta ley,

§ 2 Otros conceptos

Repubblica Federal de Alemania.
ternacionales sobre estupefacientes) en su versión vinculante para la
sobre Sustancias Psicotrópicas (BGBI. 1976 II, p. 1477) (Tratados in-
del 4 de febrero de 1977 (BGBI. II, p. 111) y del Tratado de 1971
Única de 1961 sobre estupefacientes en la versión de la publicación
sea necesario debido a modificaciones de las listas de la Convención
anexos I al III o los decretos dictados en base a esta ley, en tanto ello
para modificar, por decreto sin asentimiento del Consejo Federal, los

(IV) El Ministro Federal de salud (ministro federal) está facultado

transcurso de un año.

decreto dictado en base a este precepto pierde su vigencia luego del
empleo y debido al peligro mediano o inmediato para la salud. Un
dencias, cuando esto sea necesario debido a la medida abusiva de su
Consejo Federal, sustancias y preparados que no son farmacodepen-
para incorporar a los anexos I al III, por decreto sin asentimiento del
tráfico de estupefacientes, el Ministro Federal de salud está facultado

ACTUALIDAD

4. Producir:

es obtener, elaborar, cocinar, adaptar o transformar, refinar y modificar.

(II) La importación o exportación de un estupefaciente queda equiparada a cada cambio especial en o fuera del ámbito de validez de esta ley.

Capítulo Segundo – Autorización y procedimiento para obtenerla

§ 3 Autorización para el tráfico de estupefacientes

(I) Requiere una autorización del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales, quienes:

1. quiera cultivar, producir, comercializar estupefacientes, o bien, sin comercializarlos, los quiera promover, importar, exportar, suministrar, vender, poner de cualquier otra manera en circulación, adquirir o

2. quiera producir los preparados exceptuados (§ 2, párr. 1, inc. 3).
(II) El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales puede otorgar una autorización para los estupefacientes mencionados en el anexo I únicamente en forma excepcional para fines científicos u otros fines públicos.

§ 4 Excepciones a la obligación de tener autorización

(I) No requiere la autorización prevista en el § 3, párrafo I, el que:

1. en el marco del establecimiento de una farmacia pública o de una farmacia mayorista:

- a) produzca estupefacientes de los mencionados en los anexos II o III, o los preparados allí exceptuados,
- b) adquiera estupefacientes de los mencionados en el anexo II o III, c) suministre estupefacientes de los mencionados en el anexo III en base a receta médica, odontológica o veterinaria,
- d) restituya estupefacientes de los mencionados en los anexos II o III al tenedor de una autorización para adquirir estos estupefacientes o los entregue al sucesor en el establecimiento de la farmacia, o
- e) reciba estupefacientes de los mencionados en los anexos I, II o

III para investigación, transporte a un lugar autorizado para la investigación de estupefacientes, o para la destrucción.

2. en el marco del establecimiento de una veterinaria:

- a) produzca estupefacientes de los mencionados en los anexos II o III, o los preparados allí exceptuados,
- b) adquiera estupefacientes de los mencionados en los anexos II o III,
- c) adquiera estupefacientes de los mencionados en el anexo III para un animal tratado por él, o
- d) restituya estupefacientes de los mencionados en los anexos II o III al tenedor de una autorización para adquirir este estupefaciente o los entregue al sucesor en el establecimiento de una veterinaria.

3. El que:

- a) maneje estupefacientes de los mencionados en el anexo III en base a receta médica, odontológica o veterinaria, o
- b) maneje estupefacientes de los mencionados en el anexo III para este animal y maneje una veterinaria.

4. adquiera estupefacientes de los mencionados en el anexo III:

- a) como médico, odontólogo o veterinario en el marco del exceso de límites del tráfico de la prestación de servicios, o
- b) los haya adquirido en base a receta médica, odontológica o veterinaria, y los lleve fuera o dentro del país como provisiones para el viaje, o

5. por oficio:

- a) sea participe en la promoción de estupefacientes entre participantes autorizados en el tráfico de estupefacientes, o reciba el almacenamiento y custodia de estupefacientes en relación con una promoción semejante, o b) procure o facilite mediante otros el envío de estupefacientes entre participantes autorizados en el tráfico de estupefacientes.

(II) Las autoridades federales y estatales no requieren la autorización prevista en el § 3 para el ámbito de su actividad oficial así como las autoridades encomendadas por ellas para la investigación de los estupefacientes.

(III) El que según el párrafo I, incisos 1 y 2 no requiera autorización

y quiera participar en el tráfico de estupefacientes, debe denunciar esto previamente al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales.

La denuncia tiene que contener:

1. los nombres y las direcciones del denunciante como así también de la farmacia o de la veterinaria,
2. la fecha de exposición y la autoridad que recibe la exposición de la autorización para funcionar como farmacia o la aprobación como veterinaria y
3. la fecha del inicio de la participación en el tráfico de estupefacientes.

El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales informará de inmediato a las autoridades estatales superiores competentes sobre el contenido de las denuncias, en tanto conciernan a las veterinarias.

Comentario

La innecesariedad de la autorización se refiere básicamente a los estupefacientes mencionados en los anexos II o III. Respecto de los estupefacientes mencionados en el anexo I, el régimen es más restrictivo, ya que el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales solo puede otorgar la autorización en forma excepcional para fines científicos u otros fines públicos (§ 3 II) y la única excepción está prevista en el § 4 "e".

§ 5 Denegación de la autorización

(1) La autorización será denegada, cuando:

1. no esté garantizado que en el lugar del establecimiento y en cada lugar de este establecimiento haya una persona, que sea responsable por la observancia de los preceptos del régimen de estupefacientes y de las medidas de la autoridad de fiscalización (responsable), a no ser que existan otros establecimientos en municipios no colindantes; el solicitante mismo puede ocupar el lugar de un responsable,
2. el responsable previsto no tenga el conocimiento técnico necesario, o no pueda cumplir las obligaciones relativas a su incumbencia de manera permanente,

3. existan hechos de los cuales resultan objeciones contra la confiabilidad del responsable, del solicitante, de su representante legal, o de la persona jurídica, o de las uniones de personas incapaces de derecho según el estatuto o el contrato de sociedad, conforme a la ley, para legitimar la representación o gobierno,

4. no estén dados los lugares, instalaciones y seguridades apropiadas para la participación en el tráfico de estupefacientes o la producción de los preparados exceptuados,

5. la seguridad o controles del tráfico de estupefacientes o la producción de los preparados no esté garantizada por causas distintas a las mencionadas en los incisos 1 a 4,

6. la clase y finalidad del tráfico solicitado no sea compatible con la finalidad de esta ley, de asegurar el abastecimiento medicinal necesario a la población, o de producir abundantemente los preparados exceptuados de los estupefacientes, como así también de excluir la formación y la continuación de una drogadependencia, o

7. no se pueda remediar un defecto dentro del plazo legal (§ 8, párr. II) al objetar la documentación de la solicitud presentada.

(II) La autorización puede ser denegada, cuando ella se oponga a decisiones, reglamentos, o recomendaciones de disposición interestatales, de los controles de estupefacientes o esto sea obligatorio debido a actos jurídicos de los órganos de la Comunidad Europea.

Comentario

El § 5 establece las causas de denegación de la autorización. La causa fundamental de denegación radica en que no está garantizada la seguridad o controles del tráfico de estupefacientes o la producción de los preparados. Los incisos 1 al 4 ejemplifican dicha situación (ausencia de responsable, ausencia del conocimiento técnico necesario, imposibilidad de cumplir las obligaciones, existencia de objeciones, ausencia de lugares apropiados). En este sentido, el § 5 no es taxativo, pues autoriza a denegar la autorización cuando la seguridad o controles del tráfico de estupefacientes o la producción de los preparados no esté garantizada "por causas distintas a las mencionadas en los incisos 1 a 4".

De todos los incisos, el inciso 6 contiene la mayor vaguedad, sobre todo cuando se refiere a "la finalidad de esta ley" (§ 5, párr. I, inc. 6). El inciso 7 establece que la imposibilidad de remediar un defecto, dentro del plazo que el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales otorgó para remediarlo, implica la denegación de la autorización.

La importancia de los órganos de la Comunidad Europea está acentuada en distintos puntos (§ 5, párr. II; § 9, párr. II; § 11, párr. II). También había una referencia concreta a un reglamento de la Comunidad Europea en el § 18a BtMG (actualmente derogado).

§ 6 Conocimiento técnico necesario

(I) La comprobación del conocimiento técnico necesario (§ 5, párr. I, inc. 2) se llevará a cabo:

1. en casos de producción de estupefacientes o de preparados ex-ceptuados, que son farmacodependencias, mediante la verificación del conocimiento técnico como director de producción o director de control según los preceptos de la ley de farmacodependencia,

2. en casos de producción de estupefacientes, que no son farmacodependencias, mediante el certificado de un examen aprobado sobre un estudio universitario concluido de biología, química, farmacia, medicina humana o veterinaria y mediante la confirmación de la actividad práctica de al menos un año en la producción o control de estupefacientes,

3. en casos de aplicación con fines científicos, mediante el certificado de un examen aprobado sobre un estudio universitario científico concluido de biología, química, farmacia, medicina humana o veterinaria y

4. en los restantes casos mediante el certificado de una formación profesional concluida como comerciante en el comercio al por mayor y exterior en la Facultad de Química o Farmacología y mediante la confirmación de la actividad práctica de al menos un año en el tráfico de estupefacientes.

(II) El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales puede apartarse de las exigencias de conocimiento técnico mencionadas en el párrafo I en el caso particular, cuando la seguridad y

La solicitud de otorgamiento de una autorización prevista en el § 3 se deberá presentar en duplicado ante el Instituto Federal de Farmacodependencia y productos medicinales, quien reenviará un ejemplar a la autoridad estatal superior competente. La solicitud debe contener los siguientes datos y documentación:

1. los nombres, el nombre de pila o la firma y las direcciones del solicitante y del responsable;
2. para los responsables del conocimiento técnico necesario y las declaraciones sobre si pueden cumplir sus obligaciones de incumbencia de manera permanente y en base a qué circunstancias, una descripción de la situación del establecimiento según el lugar (si se diera el caso, denominación del campo), calle, número de casa, edificio y cuerpo como así también estilo arquitectónico del edificio,

§ 7 Solicitud

Las normas del § 6 (II) son facultativas para el Instituto Federal de Farmacodependencia y productos medicinales ("...puede apartarse de las exigencias..."): lo que interesa no es el acopio de diplomas ni certificados, sino la garantía del control y seguridad del tráfico de estupefacientes o de la producción de los preparados exceptuados.

- d) otros casos.
 - c) estupefacientes para ser aplicados con fines científicos;
 - b) estupefacientes que no son farmacodependencias;
 - a) estupefacientes o preparados exceptuados que son farmacodependencias;
- El § 5 (I) prescribe la denegación de la autorización cuando el responsable previsto no tenga el "conocimiento técnico necesario". Ahora bien, el concepto de "conocimiento técnico necesario", mencionado en el § 5 (I), § 6 (I) y § 7, es relativo a la clase de estupefaciente y a los fines de la aplicación. Por ello la ley establece cuatro grupos de casos:

Comentario

El § 5 (I) prescribe la denegación de la autorización cuando el responsable previsto no tenga el "conocimiento técnico necesario". Ahora bien, el concepto de "conocimiento técnico necesario", mencionado en el § 5 (I), § 6 (I) y § 7, es relativo a la clase de estupefaciente y a los fines de la aplicación. Por ello la ley establece cuatro grupos de casos:

4. una descripción de las seguridades previstas contra la extracción de estupefacientes por personas no autorizadas,

5. la clase de tráfico de estupefacientes (§ 3, párr. I),

6. la clase y cantidad anual probable de los estupefacientes a producir, o de los estupefacientes necesarios,

7. en casos de producción (§ 2, párr. I, inc. 4) de estupefacientes o de preparados exceptuados, una descripción sucinta del proceso de fabricación, mencionando la clase y cantidad de materias primas o preparados, productos intermedios, o productos finales, aun cuando estos mismos no sean estupefacientes; en preparados no separados contendrá adicionalmente la proporción, en preparados separados el peso del estupefaciente contenido en cada forma separada y

8. en casos de aplicación para fines científicos u otros fines de interés público, una explicación de la finalidad perseguida haciendo referencia a la bibliografía científica.

Comentario

El § 7 regula el contenido de la solicitud, en cuanto a los datos y la documentación. La inobservancia de los requisitos establecidos en el § 7 acarrea la siguiente consecuencia: a) puede significar un defecto de solicitud (§ 8, párr. II). Por ejemplo: presentar la solicitud omitiendo el duplicado; b) puede ser una contravención consistente en "mencionar datos erróneos" o "acompañar documentación incorrecta" (§ 32, párr. II).

Hay dos sanciones diferentes, si se trata de un defecto o de una contravención: a) la denegación de la autorización, para el caso en que el defecto no se pueda remediar dentro del plazo legal al objetar la documentación presentada (§ 8, párr. II); b) la contravención puede ser castigada con una sanción de multa de hasta veinticinco mil euros (§ 32, párr. II).

La solicitud tiene que referirse necesariamente a las siguientes conductas, respecto de los estupefacientes: cultivarlos, producirlos, comerciarlos, promoverlos, importarlos, exportarlos, suministrarlos, venderlos, o ponerlos en circulación de cualquier otra manera, o adquirirlos. Respecto de los preparados exceptuados: producirlos.

Por producir se entiende: obtener, elaborar, cocinar, adaptar o transformar, refinar y modificar.

§ 8 Decisión

(I) El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales debe decidir dentro de los tres meses de presentada la solicitud sobre el otorgamiento de la autorización. Informará de inmediato sobre la decisión a la autoridad estatal superior competente.

(II) Si el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales concede al solicitante la oportunidad para remediar defectos de la solicitud, el plazo establecido en el párrafo I se suspenderá hasta la suplencia de los defectos o hasta el transcurso del plazo previsto legalmente para remediar los defectos. La suspensión comienza el día, en el cual se le planteó al solicitante la exigencia de remediar los defectos.

(III) El tenedor de la autorización debe informar de inmediato cada modificación de los datos mencionados en el § 7 al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales. Se deberá solicitar una nueva autorización para ampliar la clase de estupefacientes, o el tráfico de estupefacientes así como para cambiar la persona del tenedor de la autorización o la situación de los establecimientos, excepto la situación del interior de un edificio. En los demás casos se modificará la autorización. La autoridad estatal superior competente será informada de inmediato sobre la modificación de la autorización.

Comentario

Presentada la solicitud ante el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales, éste puede resolver de tres maneras distintas: a) otorgando la autorización; b) concediendo un plazo para suplir defectos de la solicitud o de la documentación; c) rechazando la solicitud (por ej., por tratarse de los estupefacientes mencionados en el anexo I, y no haya fines públicos ni fines de investigación: § 3, párr. II).

El plazo de tres meses que tiene el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales para resolver se suspende el día

en que se le exigió al solicitante la suplencia de los defectos. Se trata de un supuesto de suspensión, no de interrupción.

Al suplir los defectos de la solicitud, posiblemente exista una modificación de los datos mencionados. El problema es más delicado cuando al solicitante ya se le había otorgado una autorización, y él, además, desea ampliar o restringir su actividad. Aquí la ley establece dos soluciones: a) solicitar una nueva autorización (para los casos de ampliar la clase de estupefacientes; ampliar el tráfico de estupefacientes; cambiar la persona del tenedor de la autorización; cambiar la situación de los establecimientos); b) modificar la autorización anterior (para los restantes casos).

§ 9 Limitaciones, plazos, condiciones y contribuciones

(I) La autorización se limitará al propio alcance necesario para la seguridad y controles del tráfico de estupefacientes o para la producción de preparados exceptuados. Debe regular en especial:

1. la clase de estupefacientes y del tráfico de estupefacientes,
2. la cantidad anual probable y la existencia de estupefacientes,
3. la situación de los establecimientos y
4. el proceso de fabricación y en ello las materias primas, los productos intermedios y finales obtenidos, aun cuando no sean estupefacientes.

(II) La autorización puede:

1. quedar sujeta a plazo, emitida con condiciones, o vinculada a contribuciones, o bien,

2. puede ser modificada luego de su otorgamiento respecto del párrafo I, oración 2, o ser otorgada con especiales restricciones o contribuciones, cuando esto sea necesario para la seguridad o los controles del tráfico de estupefacientes, o para la producción de los preparados exceptuados, o la autorización se oponga a decisiones, reglamentos o recomendaciones de disposiciones interestatales de los controles de estupefacientes o esto sea obligatorio debido a actos jurídicos de los órganos de la Comunidad Europea.

Comentario

El § 9 establece el contenido, alcance y modalidades de la autorización. Cabe observar que los cuatro incisos del § 9, párrafo I, se corresponden con los incisos 3, 5, 6 y 7 del § 7.

§ 10 Retiro y revocación

(I) La autorización puede también ser revocada, cuando no se haya hecho uso de ella dentro de un período de dos años calendarios. El plazo puede ser extendido cuando se presente un interés legítimo y auténtico.

(II) La autoridad estadual superior competente informará de inmediato sobre el retiro o la revocación de la autorización.

Comentario

El § 10 contiene una causa de revocación. Ello se debe al carácter unilateral de la autorización. Por "no hacer uso" se entiende no realizar la/s conducta/s para las cuales fue otorgada la autorización. Por ejemplo:

no producir estupefacientes de los mencionados en el anexo III dentro del período de dos años calendarios.

Aunque la ley no lo diga, es el Instituto Federal de Farmacodependencia y productos medicinales quien revoca la autorización.

§ 10a Autorización para instalación de espacios para consumo de drogas

(I) Requiere una autorización de la autoridad superior competente del Land, quien quiera explotar un establecimiento en cuyos espacios se facilite o conceda a los drogadependientes una oportunidad para el consumo de estupefacientes traídos por ellos, no recetados médicamente (espacios para consumo de drogas). Una autorización puede ser otorgada únicamente, si el gobierno del Land ha regulado en un decreto los presupuestos para el otorgamiento según el párrafo 2.

(2) Los gobiernos de los *Länder* están facultados para regular por decreto los presupuestos para el otorgamiento de la autorización prevista en el párrafo I. Las regulaciones tienen que establecer en especial

el siguiente estándar mínimo referido a los espacios para consumo de drogas:

1. Equipamiento técnico adecuado de los lugares, que deben servir como espacios para consumo de drogas;

2. Garantía de un seguro médico de emergencia inmediatamente disponible;

3. Asesoramiento médico y asistencia con la finalidad de disminuir el riesgo en el consumo de los estupefacentes traídos por los drogadependientes;

4. Servicio de ofertas de consulta y terapia realizadas de manera continua y orientadas a la salida de la drogadependencia;

5. Medidas para impedir los hechos punibles previstos en esta ley en los espacios para consumo de drogas, excepto la tenencia de estupefacentes para consumo personal en cantidades insignificantes prevista en el § 29, párrafo 1, oración 1, inciso 3;

6. Formas necesarias de cooperación con las autoridades de la salud pública y del orden competentes en razón del lugar, para impedir los hechos punibles en el entorno inmediato a los espacios para consumo de drogas, en tanto ello sea posible;

7. Determinación precisa del círculo de usuarios legítimos de los espacios para consumo de drogas, considerando especialmente su edad, la clase de estupefaciente que trae consigo así como el modelo de consumo tolerado; se excluirán de la utilización a los consumidores notoriamente primarios u oportunistas;

8. Una documentación y evaluación del trabajo en los espacios para consumo de drogas;

9. Presencia continua de personal individualmente confiable, en número suficiente, que esté técnicamente formado para el cumplimiento de las exigencias mencionadas en los incisos 1 al 7;

10. El nombramiento de una persona técnica, que sea responsable de la observancia de las exigencias mencionadas en los incisos 1 al 9, de las contribuciones de las autoridades que otorgan la autorización, así como de las medidas de las autoridades de fiscalización (responsable) y que pueda cumplir de manera permanente las obligaciones de su incumbencia.

En Argentina no hay lugares expresamente habilitados como "drogatorios", lo que no significa que los drogadicitos se droguen únicamente en su casa. Como es sabido, hay ciertos bares en cada pueblo y en cada ciudad, que sirven en parte de "drogatorios". Claro que sin los dispositivos de emergencia previstos en un "espacio para consumo de drogas" en sentido propio.

El § 10a puede llegar a realizar el tipo penal del § 29 (I), inciso 11.

El "drogatorio" sin la autorización prevista en el drogadependiente. consumidores) tendientes a impedir, por ejemplo, una sobredosis del clientes traídos por él, ausencia de peligro de contagio a terceros no médica permanente, individualización del usuario y de sus estupefamen. El consumo tiene lugar bajo ciertas condiciones (equipamiento el cual los drogadependientes llevan sus estupefacientes y los consu- técnico, seguro médico de emergencia, servicio de asistencia y consulta

El "drogatorio" es un lugar privado, fiscalizado por el Estado, en consumo de drogas". Más sintéticamente podríamos llamarlo "drogatorio".

El § 10a es una de las novedades más importantes de la BtMG, que repercute también en otros preceptos (§ 19, § 29 [I], inc. 11, § 39). El § 10a establece los requisitos para instalar un "espacio para

Comentario

(4) La autorización prevista en el párrafo 1 no permite al personal, actuante en un espacio para consumo de drogas, realizar un análisis de la sustancia de los estupefacientes traídos por los dependientes ni ayudarlos activamente en el consumo inmediato de los estupefacientes traídos por ellos.

(3) Para el procedimiento de obtener la autorización rige el § 7, respectivamente; en ello las funciones del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales serán asumidas por la autoridad superior competente del *Land* y las funciones de la autoridad superior competente del *Land* serán asumidas por el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales.

Capítulo Tercero – Deberes en el tráfico de estupefacientes

§ 11 Importación, exportación y distribución

(1) Quien quiera importar o exportar estupefacientes en el caso concreto, requiere para ello, además de la autorización necesaria prevista en el § 3, una licencia del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales. Los estupefacientes pueden ser comercializados dentro del ámbito de validez de esta ley únicamente bajo fiscalización aduanera sin más que la permanencia condicionada mediante la promoción o el tránsito y sin que el estupefaciente esté facticamente a disposición del comerciante en algún momento durante el paso o de un tercero. Los preparados exceptuados no pueden ser vendidos en Estados que han prohibido su importación.

(II) El Gobierno Federal está autorizado a regular, por decreto sin asentimiento del Consejo Federal, el proceso de obtención de la licencia y a promulgar preceptos sobre la importación, exportación y distribución, en tanto sea necesario para la seguridad o controles del tráfico de estupefacientes, para dar cumplimiento a los Tratados internacionales sobre estupefacientes, o por actos jurídicos de los órganos de la Comunidad Europea. En especial:

1. pueden quedar limitadas la importación, exportación o distribución de determinados estupefacientes y cantidades así como pueden ser prohibidas en o mediante determinados Estados o por determinados Estados,
2. pueden ser admitidas excepciones al párrafo I para el turismo y el envío de pruebas en el marco de la cooperación internacional,
3. pueden establecerse regulaciones sobre la portación de estupefacientes por médicos, odontólogos y veterinarios en el marco de la prestación de servicios y
4. pueden establecerse forma, contenido, confección, entrega, custodia incluso de los formularios a emplear oficialmente.

Comentario

Para importar o exportar estupefacientes son necesarios dos elementos, ambos otorgados por el Instituto Federal de farmacodependen-

dencia y productos medicinales: a) la autorización prevista en el § 3, y b) una licencia especial. Esta licencia tiene un contenido más preciso y más específico que el de la autorización, por ejemplo, en lo atinente a la distribución.

El procedimiento para la obtención de la licencia de importación y exportación no está regulado en la Ley de Estupefacientes, sino en un decreto del Gobierno Federal.

En caso de infracciones, los tipos penales también son diferentes. La importación o exportación de estupefacientes sin autorización está prevista por el § 29 (I), inciso 1. La distribución de estupefacientes infringiendo el régimen de la licencia está prevista por el § 29 (I), inciso 5 y por el § 29 (I), inciso 14. Los casos del § 29 (I), incisos 1 y 5 son punibles tanto en la forma dolosa como en la forma imprudente. El caso del § 29 (I), inciso 14 es punible únicamente en la forma dolosa.

§ 12 Suministro y adquisición

(I) Los estupefacientes pueden ser suministrados únicamente a:

1. personas o uniones de personas, que tienen la autorización prevista en el § 3 para la adquisición o que manejan una farmacia o veterinaria,

2. las autoridades o establecimientos mencionados en el § 4, párrafo II o en el § 26,

3. (*derogado*).

(II) El suministrador debe comunicar de inmediato al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales cada suministro particular mencionando el adquirente, la clase y cantidad del estupefaciente, salvo los casos del § 4, párrafo I, inciso 1, letra "e". El adquirente debe confirmar al suministrador la recepción de los estupefacientes.

(III) Los párrafos I y II no rigen en:

1. el suministro de los estupefacientes mencionados en el anexo III:

a) en base a receta médica, odontológica o veterinaria en el marco del establecimiento de una farmacia,

b) en el marco del establecimiento de una veterinaria, para un animal tratado por el dueño de este establecimiento,

2. la exportación de estupefacentes y

3. el suministro y adquisición de estupefacentes entre las autoridades o los establecimientos mencionados en el § 4, párrafo II o § 26. (IV) El ministro federal está facultado para regular por decreto sin asentimiento del Consejo Federal el proceso respecto de la comunicación y confirmación de la recepción, especialmente la forma, contenido, entrega y custodia de los formularios a emplear oficialmente, en tanto ello sea necesario para la seguridad o los controles del tráfico de estupefacentes.

Comentario

Las personas a quienes se les puede suministrar estupefacentes, según el § 12 (I), son las siguientes:

- a) personas o uniones de personas que tienen la autorización prevista en el § 3 para la adquisición o que manejan una farmacia;
- b) autoridades federales y provinciales en el ámbito de su actividad oficial (§ 4, párr. II);
- c) autoridades encomendadas para la investigación de estupefacentes (§ 4, párr. II);
- d) instituciones que sirven al aprovisionamiento de estupefacentes para el *Bundeswehr* (§ 26, párrs. I y II);
- e) instituciones que sirven al almacenamiento de los estupefacentes mencionados en los anexos II y III para la población civil (§ 26, párr. I);
- f) autoridades federales y provinciales para almacenar material sanitario (§ 26, párr. II);
- g) instituciones que sirven al aprovisionamiento de estupefacentes de las brigadas móviles de los *Länder* (§ 26, párr. IV).

El § 12 (II) establece el deber del suministrador de mencionar los siguientes datos en cada suministro: a) nombre del adquirente; b) clase de estupefacentes; c) cantidad de estupefacentes.

La excepción prevista en el § 4, párrafo I, inciso 1, letra "e" comprende tres casos: a) la recepción de estupefacentes con fines de investigación; b) el transporte de los estupefacentes hacia el lugar donde

éstos serán investigados; c) el transporte de los estupefacientes hacia el lugar donde éstos serán destruidos.

El § 12 (III) toma inaplicables las regulaciones del § 12 (I) y (II), cuando se trata del suministro de los estupefacientes previstos en el anexo III en base a receta. Son tres los profesionales que pueden recetar: médicos, odontólogos o veterinarios. La excepción prevista para la exportación de estupefacientes se explica porque la licencia otorgada por el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales ya tiene un contenido específico (§ 11).

§ 13 Prescripción y suministro bajo receta

(I) Los estupefacientes mencionados en el anexo III únicamente pueden ser aplicados por médicos, odontólogos y veterinarios; luego, únicamente pueden ser recetados en el marco de un tratamiento médico, odontológico o veterinario, o suministrados a otro para el uso inmediato junto al tratamiento médico de una dependencia de estupefacientes, si su empleo en o sobre el cuerpo humano o animal está fundado. Luego el empleo no está fundado en especial, cuando el fin querido puede ser alcanzado de otra manera. Los estupefacientes mencionados en los anexos I y II no pueden ser recetados, aplicados ni suministrados a otro para uso inmediato.

(II) Los estupefacientes recetados conforme al párrafo I pueden únicamente ser suministrados en el establecimiento de una farmacia y contra la muestra de la receta. En el establecimiento de una veterinaria únicamente pueden ser suministrados los estupefacientes mencionados en el anexo III y únicamente para la aplicación en un animal tratado por el dueño de la veterinaria.

(III) El Gobierno Federal está facultado para regular por decreto con asentimiento del Consejo Federal la prescripción de los estupefacientes mencionados en el anexo III, su suministro a base de una receta y el registro de su permanencia y reserva en médicos, odontólogos, veterinarios, farmacias, veterinarias, hospitales y clínicas veterinarias. En especial:

1. puede restringirse la prescripción de determinados preparados, objetivos de la prescripción o cantidades,

2. puede subordinarse la prescripción de medios sustitutivos para drogadependientes al cumplimiento de las exigencias mínimas en la calificación de los médicos recetantes y puede delegarse la reglamentación de las exigencias mínimas a los colegios médicos,

3. pueden reglamentarse:

- a) los informes a los médicos recetantes al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales sobre la prescripción de un medio sustitutivo para un paciente en forma anónima,
- b) los informes de los colegios médicos al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales, que cumplen las exigencias mínimas según el inciso 2,

c) las notificaciones del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales a las autoridades de fiscalización competentes y a los médicos recetantes sobre los pacientes, a quienes otro médico ya les recetó otro medio sustitutivo en forma anónima,

d) las notificaciones del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales a las autoridades de fiscalización competentes de los *Länder* sobre los médicos, que cumplen las exigencias mínimas previstas en el inciso 2,

e) las notificaciones del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales a las autoridades superiores de salud del *Land* sobre el número de pacientes, a quienes les fue recetado un medio sustitutivo, el número de médicos que ha recetado un medio sustitutivo, el medio sustitutivo recetado y la clase de receta así como la clase de anónimo, y en general, se puede reglamentar la forma y contenido de los informes y notificaciones,

4. puede establecerse la forma, contenido, confección, entrega, custodia y reintegro de los formularios a utilizar oficialmente y

5. pueden establecerse excepciones a los preceptos del § 4, párrafo 1, inciso 1, letra "c" para el aprovisionamiento de buques mercantes.

Los destinatarios de los datos obtenidos conforme a la oración 2, inciso 3 no los pueden emplear para un fin diverso al mencionado en la oración 1. El Instituto Federal de farmacodependencia y productos

medicinales actúa en el desempeño de las funciones que le fueron asignadas por decreto según la oración 2, como órgano prestado por la Federación del *Land* competente en cada caso; las particularidades incluso del reembolso de los gastos a la Federación serán reguladas por convenio.

Comentario

El § 13 establece distintas consecuencias jurídicas, según si los estupefacientes están mencionados en el anexo I, II, o III.

La variable en el § 13 (I) es el "uso inmediato". Los estupefacientes mencionados en el anexo III pueden ser recetados, suministrados y aplicados a otro para uso inmediato. *A contrario sensu*, el empleo está fundado cuando el fin querido con el estupefaciente no puede ser alcanzado de otra manera. Los estupefacientes mencionados en los anexos I y II no pueden ser recetados, ni suministrados ni aplicados a otro para uso inmediato.

El § 13 (II) establece otra diferencia en las consecuencias jurídicas. Los estupefacientes recetados, según lo previsto en el § 13 (I), sólo pueden ser suministrados en dos lugares: a) farmacias, y b) veterinarias. El suministro en las farmacias requiere de la muestra de la receta. El suministro en veterinarias requiere que la aplicación sea a un animal tratado por el dueño de la veterinaria.

El § 13 (III) establece una reserva relativa de los datos obtenidos. La expresión "órgano prestado" indica que no se trata de una función permanente del Instituto Federal de Farmacodependencia y productos medicinales.

La excepción referida a los buques mercantes quiere posibilitar la existencia de reglas específicas.

§ 14 Denominación y publicidad

(I) En el tráfico de estupefacientes se deben denominar los estupefacientes aplicando las abreviaturas mencionadas en los anexos. La denominación debe estar en letra claramente legible, en lengua alemana y de manera conservable.

(II) La denominación debe contener además:

1. en estupefacientes sin elaborar, impuros y no separados, la proporción y en estupefacientes separados, el peso de la sustancia pura contenida,

2. en depósitos de estupefacientes y —en tanto aplicados— en los envoltorios externos en sustancias y preparados no separados la proporción contenida, en preparados separados el número de unidades; ello no rige para depósitos en laboratorios científicos así como para el suministro de recipientes pequeños y determinados y de ampollas.

(III) Los párrafos I y II no rigen para depósitos en farmacias y veterinarias.

(IV) Los párrafos I y II rigen respectivamente también para la denominación de los estupefacientes en catálogos, listas de precios, anuncios publicitarios o impresos análogos que están determinados para el ámbito técnico de los participantes en el tráfico de estupefacientes.

(V) No se puede hacer publicidad de los estupefacientes mencionados en el anexo I. De los estupefacientes mencionados en los anexos II y III únicamente se puede hacer publicidad en ámbitos técnicos de la industria y del comercio, como así también en personas o uniones de personas que manejan una farmacia o una veterinaria; de los estupefacientes mencionados en el anexo III también se puede hacer publicidad dirigida a médicos, odontólogos y veterinarios.

Comentario

El § 14 regula dos aspectos: la denominación de los estupefacientes y la publicidad de los estupefacientes.

Los requisitos comunes en cuanto a la denominación son los siguientes: abreviatura, letra claramente legible en lengua alemana y de manera conservable. Pero hay una diferencia según se trate de estupefacientes separados o no separados. Cuando se trata de estupefacientes separados se debe indicar el peso de la sustancia contenida (p. ej. x sustancia 300 mg). Cuando se trata de estupefacientes no separados se debe indicar la proporción (p. ej. x sustancia 5%). Ello rige también respecto de los preparados.

(I) El dueño de los estupefacientes que están fuera del comercio tiene que destruirlos a su costa en presencia de dos testigos, de manera

§ 16 Destrucción

Aquí se trata de dos deberes: garantizar los estupefacientes (el contenido del estupefaciente tiene que coincidir con los datos publicados en el envoltorio externo e interno, catálogos, etc.) y asegurarlos contra extracciones por personas no autorizadas. En caso de que las seguridades descritas en la solicitud de autorización (§ 7, inc. 4) no sean suficientes, el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales puede ordenar la incorporación de dispositivos de seguridad adicionales.

Comentario

El que participa en el tráfico de estupefacientes debe garantizar especialmente los estupefacientes que se encuentran en su posesión y debe asegurarlos contra extracciones no autorizadas. El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales puede ordenar la incorporación de dispositivos de seguridad, en tanto sea necesario según la clase o extensión del tráfico de estupefacientes, del grado de peligro o de la cantidad de los estupefacientes.

§ 15 Dispositivos de seguridad

El § 14 (V) pone de relieve una vez más la diferencia de los estupefacientes según los anexos. Respecto de los estupefacientes mencionados en el anexo I rige una prohibición absoluta de hacer publicidad. Respecto de los estupefacientes mencionados en el anexo II rige una publicidad restringida. Respecto de los estupefacientes mencionados en el anexo III rige una publicidad amplia. La infracción al régimen de publicidad previsto en el § 14 (V), por ejemplo, hacer publicidad sobre estupefacientes de los mencionados en el anexo I, es un hecho punible conminado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa (§ 29, párr. 1, inc. 8).

Este precepto es una contravención (§ 32, párr. 1, inc. 8), que puede ser castigada con sanción de multa de hasta veinticinco mil euros.

tal que imposibilite también una recuperación parcial de los estupeficientes y que asegure la protección de la persona y del mundo circundante ante acciones perjudiciales. Se debe confeccionar un informe escrito sobre la destrucción y éste debe ser conservado durante tres años.

(II) El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales, en los casos del § 19, párrafo 1, oración 3, la autoridad competente del *Land*, puede requerir que el propietario envíe los estupeficientes a su costa a estas autoridades para la destrucción. Si no existe un propietario de los estupeficientes o no se lo puede identificar o si el propietario no cumple dentro de un plazo legalmente previsto de tres meses su obligación de destrucción o con el requerimiento de envío de los estupeficientes previsto en la oración 1, serán aplicables las medidas necesarias para la destrucción por las autoridades mencionadas en la oración 1. El propietario o poseedor de los estupeficientes está obligado a proporcionar a proporcionar las personas encargadas de la destrucción o a tolerar la incautación.

(III) El párrafo I y el párrafo II, oraciones 2 y 3 rigen respectivamente, cuando el propietario no quiera eliminar los estupeficientes necesarios.

Comentario

El § 16 establece el deber de destruir los estupeficientes que están fuera del comercio. Esta destrucción debe reunir tres condiciones: a) debe imposibilitar una recuperación parcial de los estupeficientes; b) debe asegurar la protección de la persona y del mundo circundante frente a acciones perjudiciales; c) se debe confeccionar un informe escrito acerca de la destrucción, informe que debe ser conservado durante tres años.

La destrucción de los estupeficientes puede ocurrir de tres modalidades diferentes: a) el dueño los destruye a su costa en presencia de dos testigos; b) el dueño envía los estupeficientes para que los destruya la autoridad competente del *Land*, a pedido del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales; c) la autoridad competente del *Land*, a pedido del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales, le incauta los estupeficientes al dueño y los destruye.

Si bien los estupefacientes serán destruidos en todos los casos, no da lo mismo que el dueño quiera destruirlos o no. Si el dueño no envía los estupefacientes para su destrucción, incurrirá en una contravención (§ 32, párr. 1, inc. 10), la que puede ser castigada con sanción de multa de hasta veinticinco mil euros.

§ 17 Registros

(I) El tenedor de una autorización prevista en el § 3, está obligado a llevar continuamente, y por separado para cada establecimiento y cada estupefaciente, los siguientes registros sobre cada entrada y cada salida:

1. la fecha,
2. los nombres o la firma y la dirección del suministrador o del receptor o la procedencia o el paradero especial,
3. la cantidad que entró o salió y la situación resultante de ello,
4. en los casos de cultivo, adicionalmente, la superficie cultivada según la situación y tamaño así como la fecha de la siembra,
5. en los casos de producción, adicionalmente, la mención de los estupefacientes producidos o introducidos, de las sustancias no sujetas a la ley o de los preparados exceptuados según clase y cantidad, y
6. en los casos de suministro de los preparados exceptuados mediante su productor, adicionalmente, los nombres o la firma y la dirección del receptor.

Llevados los registros mencionados en el inciso 6, se pueden archivar los duplicados de las facturas según la fecha de facturación, en los cuales fueron marcados los preparados exceptuados.

(II) Los datos a indicar en los registros o facturas son:

1. en sustancias y preparados no separados, la proporción y
2. en preparados separados, el número de unidades.

(III) Los registros o los duplicados de las facturas deben ser especialmente conservados durante tres años, computados desde el último registro o desde la última fecha de facturación.

Comentario

El § 17 establece el deber de llevar registros y de conservar los duplicados de las facturas durante el plazo de tres años. Los incisos 1 al 3 son comunes y rigen para toda clase de autorización. Pero los incisos 4 al 6 son relativos al contenido de la autorización, es decir, dependen de si la autorización fue otorgada para cultivar, producir o suministrar.

La infracción a lo previsto en el § 17, párrafos I, II y III es una contravención castigada con sanción de multa de hasta veinticinco mil euros (§ 32, párr. I, inc. 11), cuando el tenedor de la autorización no lleva los registros, los lleva incorrectamente o desactualizados, o no conserva los registros o los duplicados de las facturas.

§ 18 *Comunicaciones*

(I) El tenedor de una autorización prevista en el § 3 está obligado a comunicar al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales, separadamente para cada establecimiento y para cada estupefaciente la propia cantidad, que:

1. sería obtenida en la plantación, mencionando la superficie cultivada según la situación y tamaño,

2. sería producida, subdividida según las materias primas,

3. sería empleada para la producción de otros estupefacientes, subdividida según estos estupefacientes,

4. sería empleada para la producción de sustancias no comprendidas en esta ley, subdividida según estas sustancias,

5. sería empleada para la producción de preparados exceptuados, subdividida según estos preparados,

6. sería importada, subdividida según los países exportadores,

7. sería exportada, subdividida según los países importadores,

8. sería adquirida,

9. sería suministrada,

10. sería destruida,

11. sería empleada para fines distintos a los establecidos en los incisos 1 al 10, subdividida según los fines de utilización y

12. subsistiría al final del propio semestre calendario.

(II) Los datos a declarar en las comunicaciones son:

1. en sustancias y preparados no separables, la proporción y
2. en preparados separados, el número de unidades.

(III) Las comunicaciones previstas en el párrafo 1, incisos 2 al 12

se remitirán al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales siempre hasta el 31 de enero y el 31 de julio por el semestre calendario pasado. La comunicación conforme al párrafo 1, inciso 1

(IV) Para las comunicaciones mencionadas en el párrafo 1 se em-
plearán los formularios oficiales entregados por el Instituto Federal de

farmacodependencia y productos medicinales.

Comentario

El § 18 establece el deber de comunicar datos relevantes al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales en los for-
mularios oficiales entregados por dicho organismo. Regula el conte-
nido, la forma y los plazos de tales comunicaciones.

Las comunicaciones incorrectas, incompletas o inoportunas son una
contravención (§ 32, párr. 1, inc. 2), que puede ser castigada con una
sanción de multa de hasta veinticinco mil euros.

§ 18a (derogado)

Capítulo Cuarto – Fiscalización

§ 19 Autoridades competentes

(1) El tráfico de estupefacientes así como la producción de prepa-
rados exceptuados queda sujeto a fiscalización del Instituto Federal
de farmacodependencia y productos medicinales. Esta autoridad es
competente para la confección, entrega e interpretación de los formu-
larios oficialmente prescritos para recetar estupefacientes. La circu-
lación de estupefacientes entre médicos, odontólogos y veterinarios,
en farmacias, veterinarias, hospitales y clínicas veterinarias queda sujeta
a fiscalización de las autoridades competentes de los *Länder*. Estas
fiscalizan también la observancia del estándar mínimo mencionado en

el § 10a, párrafo II; las personas encargadas de la fiscalización tienen las facultades reguladas en los § 22 y 24.

(II) El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales es, al mismo tiempo, la autoridad de servicio administrativo en el sentido de los Tratados internacionales sobre estupefacientes.

(III) El cultivo de unidades de cáñamo en el sentido de la letra "d" de la regulación de excepción sobre cannabis (marihuana) en el anexo I, parte B queda sujeto a fiscalización por el Instituto Federal de agricultura y alimentación. Para la fiscalización rigen respectivamente los § 9, 10 y 10a del decreto sobre el otorgamiento de subsidios de superficie y de campo para lino y cáñamo.

Comentario

El precepto establece cuáles son los objetos y autoridades de fiscalización. Hay aquí distintos supuestos:

a) El tráfico de estupefacientes y la producción de preparados es fiscalizado por el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales.

b) La circulación de estupefacientes entre determinados profesionales y por determinados lugares es fiscalizada por las autoridades competentes de los *Länder*.

c) La observancia del estándar mínimo exigido por el § 10a para el "drogatorio" es fiscalizada por las autoridades competentes de los *Länder*.

d) Dado que las Convenciones internacionales también tienen regu- lada la fiscalización, el § 19, párrafo III aclara que el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales es tam- bién autoridad en el sentido establecido en aquellas convenciones.

e) El cultivo de cáñamo es fiscalizado por el Instituto Federal de agricultura y alimentación.

§ 20 Autorización especial para casos de urgencia o de defensa

(1) El Gobierno Federal está facultado para modificar, por decreto sin asentimiento del Consejo Federal, esta ley o los decretos dictados en base a esta ley para fines de defensa, para asegurar el aprovisio-

namiento medicinal de la población, si la seguridad y controles del tráfico de estupefacientes o la producción de los preparados exceptuados quedan garantizados.

En especial:

1. las funciones del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales conforme a esta ley y a los decretos dictados en base a esta ley pueden ser delegadas al ministro federal,
2. el tráfico de estupefacientes y la producción de preparados exceptuados pueden ser armonizados con las exigencias especiales establecidas en la oración 1,
3. pueden ser reguladas las comunicaciones sobre situaciones relativas a:

- a) estupefacientes,
- b) preparados exceptuados y
- c) materias primas o preparados para la producción de estupefacientes, aun cuando éstos no sean estupefacientes.

El decreto puede regular más situaciones que las previstas en la oración 2, inciso 3 para su suministro a personas o puntos determinados. (II) El decreto previsto en el párrafo I únicamente puede ser aplicado conforme al artículo 80a, párrafo I de la Constitución.

(III) (derogado).

Comentario

El artículo 80a de la Constitución de la República de Alemania se refiere a la aplicación de decretos en casos de urgencia.

§ 21 Cooperación de otras autoridades

(I) El Ministro Federal de hacienda y las aduanas determinadas por el cooperarán en la fiscalización de la importación, exportación y distribución de estupefacientes.

(II) El Ministro Federal de hacienda puede, de acuerdo con el Ministro Federal del interior, intervenir en los funcionarios de la *Bundesgrenzschutz*, encomendados a proteger las fronteras según el § 2 de la ley de protección de fronteras federales. Puede también, de acuerdo

do con el Ministro del interior del Estado de Baviera y observando las competencias, encomendar en los funcionarios de policía fronteriza de Baviera que intervienen en las aduanas según el párrafo I. Si los funcionarios mencionados en la oración I observan estas funciones, rige respectivamente el § 67, párrafo II de la ley de protección de las fronteras federales.

(III) Habiendo sospecha de colisiones contra las prohibiciones y restricciones de esta ley, que resulten de declaraciones escritas, las autoridades cooperadoras informarán de inmediato al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales.

Comentario

Habíamos dicho que la fiscalización del tráfico de estupefacientes y de los preparados exceptuados está en manos del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales. Ahora bien: la tarea no podría ser llevada a cabo, si no es gracias a una cantidad de autoridades que cooperan en la fiscalización. Debido a su posición estratégica, estas autoridades cooperadoras suelen estar más cerca de los hechos, o al menos pueden ver el delito más de cerca.

Las autoridades cooperadoras son: 1) el Ministro Federal de hacienda; 2) las aduanas determinadas por él; 3) la policía de fronteras de la R. F. A. (*Bundesgrenzschutz*); 4) la policía de fronteras del Estado provincial de Baviera. Todas ellas deben informar de inmediato al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales ante la sospecha de infracciones a esta ley.

§ 22 Medidas de fiscalización

(I) Las personas encargadas de la fiscalización están autorizadas para:

1. examinar la documentación relativa al tráfico o producción de estupefacientes, o bien, a la consecución puesta en circulación de la producción de preparados exceptuados y a extraer las copias o fotocopias en tanto puedan tener importancia para la seguridad y los controles del tráfico de estupefacientes o de la producción de preparados exceptuados,

2. solicitar de las personas físicas y jurídicas y de uniones de personas incapaces de derecho todos los informes necesarios,

3. allanar y reconocer terrenos, edificios, cuerpos, instalaciones y

medios necesarios en los cuales tiene lugar el tráfico de estupefacientes o la producción de los preparados exceptuados, en donde las personas

encargadas de ello tienen que convenirse, que están observados los preceptos sobre el tráfico de estupefacientes o sobre la producción de

los preparados exceptuados. Para evitar peligros inminentes para la seguridad pública y el orden, especialmente cuando haya que evitar

un fracaso en los controles del tráfico de estupefacientes o de la producción de preparados exceptuados, estos lugares pueden ser allanados

también fuera del horario del establecimiento comercial al igual que los lugares que sirven para vivienda; en esto queda restringido el de-

recho de inviolabilidad de la propiedad (art. 13 de la Constitución). En tanto se trate de establecimientos industriales de producción y de

establecimientos de comercio al por mayor, se realizarán los reconocimientos por regla cada dos años,

4. establecer medidas provisionales en tanto sea necesario para evitar peligros inminentes para los controles del tráfico de estupefacientes o

para la producción de preparados exceptuados. Con la misma finalidad ellas pueden producir total o parcialmente también las demás partici-

paciones en el tráfico de estupefacientes o la producción ulterior de los preparados exceptuados y custodiar oficialmente los estupefacientes

o la situación de los preparados exceptuados. La autoridad competente (§ 19, párr. 1) tiene que decidir definitivamente dentro de un mes luego de la publicación de las medidas provisionales sobre éstas.

(II) La autoridad competente puede ordenar también medidas por escrito conforme al párrafo I, incisos 1 y 2.

Comentario

El § 22, junto al § 23, establece las facultades de las personas encargadas de la fiscalización. Tales son: a) examinar documentación y extraer copias; b) solicitar informes; c) realizar allanamientos y reconocimientos; d) establecer medidas provisionales; e) tomar pruebas para fines de investigación (§ 23, párr. I).

§ 23 Toma de pruebas

(I) En tanto sea necesario para dar cumplimiento a los preceptos sobre el tráfico de estupefacientes o la producción de preparados ex-ceptuados, las personas encargadas de la fiscalización están facultadas para requerir o tomar pruebas a su elección contra recibo para fines de investigación. En tanto no se renuncie expresamente a esto, se vol-verá a tomar una parte de las pruebas o, en caso que las pruebas no sean separables en partes de igual calidad sin poner en peligro la fi-nalidad de la investigación, se tomará una segunda muestra de la misma clase como si ello fuese la prueba tomada.

(II) Las pruebas reiteradas serán cerradas o selladas oficialmente. Deberán prever la fecha de la toma de prueba y la fecha del día, desde cuyo transcurso el cerramiento o el sellado se consideren caducos.

(III) Por las pruebas tomadas se deberá aportar un reintegro, en tanto no se renuncie expresamente a esto.

Comentario

El § 23 pertenece estrictamente al § 22, ya que regula una de las facultades de las personas encargadas de la fiscalización: la facultad de requerir o tomar pruebas. El precepto establece los siguientes re-quisitos: a) la prueba tiene que ser necesaria para dar cumplimiento a los preceptos relativos al tráfico de estupefacientes, o bien a la pro-ducción de preparados exceptuados; b) la prueba debe ser a elección de las personas encargadas de la fiscalización; c) la toma debe ser contra recibo; d) la toma debe ser para fines de investigación; e) se debe aportar un reintegro; f) las pruebas deben ser cerradas o selladas oficialmente; g) el sello oficial debe contener fecha de toma de la prueba y fecha de caducidad.

No siempre es posible separar las pruebas en partes de igual calidad sin poner en peligro la finalidad de la investigación. El precepto regula, entonces, los dos supuestos: a) si dicha separación es posible, se volverá a una parte de las pruebas; b) si tal separación no es posible, se tomará una segunda muestra de la misma clase.

El cultivo de cañamo en el sentido de la letra "d" de la regulación de excepción sobre cannabis (marihuana) en el anexo I, parte B se

§ 24a Denuncia de cultivo de cañamo

El participante en el tráfico puede negarse a responder aquellas preguntas que lo expongan a él, o a un pariente suyo, a un procedimiento penal o contravencional.

El § 24 regula la conducta del participante en el tráfico de estupefacientes, desde el momento en que él recibe a las personas encargadas de la fiscalización en el ejercicio de sus funciones (§ 22 y 23). El precepto establece una especie de "servidumbre fiscalizadora": el deber de soportar y colaborar. Menciona ejemplos tales como: a) indicar los lugares en los cuales hay tráfico de estupefacientes o producción de preparados exceptuados; b) abrir terrenos cercados, edificios, lugares, depósitos y recipientes; c) dar informes; d) dejar examinar la documentación; e) permitir la toma de pruebas. Estos ejemplos guardan correspondencia con las facultades previstas en los § 22 y 23 para las personas encargadas de la fiscalización.

Comentario

El § 24 regula la conducta del participante en el tráfico de estupefacientes, desde el momento en que él recibe a las personas encargadas de la fiscalización en el ejercicio de sus funciones (§ 22 y 23). El precepto establece una especie de "servidumbre fiscalizadora": el deber de soportar y colaborar. Menciona ejemplos tales como: a) indicar los lugares en los cuales hay tráfico de estupefacientes o producción de preparados exceptuados; b) abrir terrenos cercados, edificios, lugares, depósitos y recipientes; c) dar informes; d) dejar examinar la documentación; e) permitir la toma de pruebas.

(I) Cada participante en el tráfico de estupefacientes o cada productor de preparados exceptuados está obligado, a soportar las medidas previstas en los § 22 y 23 y a colaborar con las personas encargadas de la fiscalización en el desempeño de sus funciones, especialmente a indicarles a pedido los puntos, en los cuales tiene lugar el tráfico de estupefacientes o la producción de preparados exceptuados, a abrir terrenos cercados, edificios, lugares, depósitos y recipientes, a dar informes así como a posibilitar el examen de la documentación y la toma de pruebas.

§ 24 Deber de soportar y de colaborar

ACTUALIDAD

denunciara en tres ejemplares hasta el 15 de junio del año de cultivo al Instituto Federal de agricultura y alimentación para el cumplimiento de sus funciones previstas en el § 19, inciso 3. Para la denuncia se empleará el formulario oficial confeccionado por el Instituto Federal de agricultura y alimentación. La denuncia debe contener:

1. el nombre, el nombre de pila y la dirección del agricultor; en personas jurídicas, los nombres del empresario del establecimiento agrícola así como del representante legal,

2. los números de socio y de catastro del empresario del establecimiento agrícola asignados por la *Berufsgenossenschaft*,

3. la especie sembrada añadiendo las etiquetas oficiales,

4. la superficie de siembra en hectáreas y áreas añadiendo el número de catastro; en lugar del número de catastro, la superficie de siembra puede ser caracterizada también indicando el límite, campo y lote u otro dato que esté reconocido por el Instituto Federal de agricultura y alimentación.

El Instituto Federal de agricultura y alimentación expedirá de inmediato una copia sellada por el al solicitante. El Instituto tiene que remitir además una copia de la denuncia a las autoridades policiales y fiscales competentes a requerimiento de éstas, cuando ello sea necesario para la persecución de hechos punibles según esta ley. Si a criterio del Instituto Federal de agricultura y alimentación existen indicios, de que el cultivo de cáñamo no corresponde a los presupuestos de la letra "b" de la regulación de excepción sobre cannabis (marihuanas) en el anexo I, parte B, comunicará esto a la fiscalía competente en razón del lugar.

Comentario

El cultivo de cáñamo es otra de las novedades de la BtMG, que está regulado en diversos preceptos (§ 19 [III], § 32 [I], inc. 14). El cultivo de cáñamo sin hacer la denuncia correcta, completa y oportuna es una contravención (§ 32 [I], inc. 14) que puede ser castigada con una sanción de multa de hasta veinticinco mil euros.

La *Berufsgenossenschaft* sería el equivalente funcional de la aseguradora de riesgos del trabajo (A. R. T.) de la Argentina.

(III) Por razones urgentes de defensa, el Ministro Federal de defensa puede, en su ámbito de atribuciones de conformidad con el ministro federal, admitir excepciones a esta ley y al decreto dictado en base a

nitario.
des federales y provinciales competentes para almacenar material sa-
la protección civil, la ejecución de esta ley incumbe a las autoridades
técnicos del *Bundeswehr* y de la *Bundesgrenzschutz*. En el ámbito de
tes incumbe a las autoridades competentes para cada caso y a los
ejecución de esta ley y la fiscalización del tráfico de estupefacien-
la *Bundeswehr* y de la *Bundesgrenzschutz*, la

(II) En los ámbitos del *Bundeswehr* y de la *Bundesgrenzschutz*, la
facientes mencionados en los anexos II o III para la protección civil.
y para la *Bundesgrenzschutz*, así como al almacenamiento de estupe-
que sirven al aprovisionamiento de estupefacientes para el *Bundeswehr*
prevista en el § 3, tiene aplicación correspondiente en instituciones
(I) Esta ley, con excepción de los preceptos sobre la autorización

§ 26 "Bundeswehr", "Bundesgrenzschutz",
brigadas móviles y protección civil

Capítulo Quinto – Preceptos para autoridades

El § 25 regula los medios económicos para la actuación del Instituto
Federal de farmacodependencia y productos medicinales. Los medios
económicos surgen del pago de los impuestos determinados por el
ministerio federal.

Comentario

(I) El Instituto Federal de farmacodependencia y productos medi-
cinales percibirá costos (impuestos y gastos) por sus actuaciones ofi-
ciales, exámenes e investigaciones según esta ley y los decretos dictados
en base a esta ley.

(II) El ministro federal está facultado, por decreto sin asentimiento
del Consejo Federal, a determinar con mayor detalle los tipos de obli-
gaciones tributarias y en esto, a prever principios básicos.

§ 25 Costos

esta ley en casos concretos, en tanto no se opongan a los Tratados internacionales sobre estupeficientes.

(IV) Esta ley, con excepción de los preceptos sobre la autorización prevista en el § 3, tiene aplicación correspondiente en instituciones, que sirven al aprovisionamiento de estupeficientes de las brigadas móviles de los Länder.

(V) (*derogado*).

Comentario

El precepto amplía, salvo los preceptos relativos a la autorización prevista en el § 3, el círculo de autoridades que aplica y ejecuta esta ley. La excepción se debe a que los preceptos de la autorización (§ 3 al 10) únicamente son aplicados por la autoridad allí mencionada. En otras palabras: únicamente el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales puede otorgar, denegar y revocar la autorización para participar en el tráfico de estupeficientes y para producir preparados exceptuados.

Respecto de las autoridades que pueden aplicar y ejecutar esta ley, remitimos a lo dicho en el comentario al § 12.

§ 27 Comunicaciones e informes

(I) El ministro federal comunicará anualmente al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales hasta el 31 de marzo por el año calendario pasado los dispositivos de seguridad de estupeficientes por el conocido, la clase y cantidad así como, si se diera el caso, el empleo restante de los estupeficientes. En casos de empleo se mencionará los nombres o la firma y la dirección del adquirente.

(II) Las autoridades mencionadas en el § 26 deben, a pedido, dar informes al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales sobre el tráfico de estupeficientes en sus ámbitos, en tanto sea necesario para dar cumplimiento a los Tratados internacionales sobre estupeficientes.

(III) En los procesos penales, que tienen por objeto hechos punibles previstos en esta ley, se enviarán:

1. la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada con funda-

La expresión "mandato penal" se refiere a un procedimiento penal sin la celebración del juicio oral, cuyo equivalente funcional en Argentina es el juicio oral, cuyo equivalente funcional en Argentina es el juicio oral.

La persona mencionada en el § 19, párrafo I, oración 3 es el Instituto Federal de agricultura y alimentación.

El § 27 establece la obligación que tienen las autoridades de dar informes al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales. Regula el contenido y los plazos de los informes. Todos los informes mencionados en el § 27 circulan dentro de la R. F. A.

Comentario

(IV) La sentencia definitiva del proceso con fundamentación en otras causas penales puede ser enviada a las autoridades competentes del *Land*, cuando existe una relación entre el hecho punible y el tráfico de estupefacientes y el conocimiento de la sentencia, a criterio de la autoridad que la envía, es necesario para la fiscalización del tráfico de estupefacientes; el párrafo 3, oración I, inciso 2, letra "c" segunda media-oración rige respectivamente.

El envío motiva a las autoridades de ejecución penal y de persecución penal.

a) la solicitud de emitir un mandato penal y

b) el escrito de denuncia, o bien, en su lugar, el escrito de solicitud sustituto,

2. para el desempeño de las funciones del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales mencionadas en el § 19, párrafo I, oración 2 en casos de promoción de la acción pública contra médicos, odontólogos y veterinarios:

a) el escrito de denuncia, o bien, en su lugar, el escrito de solicitud sustituto,

2. para el desempeño de las funciones del Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales mencionadas en el § 19, párrafo I, oración 2 en casos de promoción de la acción pública contra médicos, odontólogos y veterinarios:

ACTUALIDAD

gentina sería el "juicio abreviado" previsto en el artículo 431 bis, CPPN (Kai Ambos, *Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Año III, Nº 4-5, ps. 275 y ss.).

§ 28 Informe anual a las Naciones Unidas

(I) El Gobierno Federal informará anualmente hasta el 30 de junio por el año calendario pasado al Secretario General de las Naciones Unidas sobre el cumplimiento de los Tratados internacionales sobre estupefacientes en base a un formulario confeccionado por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas. Las autoridades competentes de los *Länder* cooperarán en la elaboración del informe y presentarán sus datos hasta el 31 de marzo por el año calendario pasado al Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales. En tanto los datos exigidos en el formulario no puedan conocerse con precisión, deberán ser estimados.

(II) El Gobierno Federal está facultado para determinar, por decreto con asentimiento del Consejo Federal, cuáles personas y cuáles comunicaciones puntuales, a saber, estadísticas, datos especiales e informes, necesarios para dar cumplimiento a los Tratados internacionales sobre estupefacientes, deben ser presentados. En el decreto pueden ser aplicables disposiciones sobre la clase, modo, forma, oportunidad y recepción de las comunicaciones.

Comentario

Con toda la información reunida, el Gobierno Federal presenta al Secretario General de las Naciones Unidas un informe anual sobre el cumplimiento de los Tratados internacionales sobre estupefacientes. El informe se presenta en un formulario redactado por la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Los datos pueden consistir en conocimientos precisos o en gruesas estimaciones.

Capítulo Sexto – Hechos punibles y contravenciones**§ 29 Hechos punibles**

(I) Será penado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa, quien:

1. cultive, produzca, comercialice estupefacientes sin la autorización prevista en el § 3, o bien, sin comercializarlos, los importe, exporte, venda, suministre o de otra manera los ponga en circulación o los adquiera o consiga de cualquier otra manera,
2. produzca preparados exceptuados (§ 2, párr. I, inc. 3) sin la autorización prevista en el § 3, párrafo I, inciso 1,
3. posea estupefacientes sin tener al mismo tiempo una autorización escrita para la adquisición,
4. (*derogado*);
5. distribuya estupefacientes en infracción al § 11, párrafo II, oración 2,
6. en infracción al § 13, párrafo I:
 - a) recete estupefacientes,
 - b) aplique o suministre estupefacientes para uso inmediato,
7. en infracción al § 13, párrafo II, suministre estupefacientes en una farmacia o veterinaria,
8. en infracción al § 14, párrafo V, hiciera publicidad de los estupefacientes,
9. hiciera informes incorrectos o incompletos, para procurarse la receta de un estupefaciente para sí o para otro o para un animal,
10. facilite o conceda a otro una oportunidad para la adquisición no autorizada o para el consumo no autorizado de estupefacientes, o manifieste pública o interesadamente una oportunidad semejante, o induzca a otro al consumo no autorizado de estupefacientes,
11. facilite o conceda a otro, sin la autorización prevista en el § 10a, una oportunidad para el consumo no autorizado de estupefacientes, o quien manifieste interesada o públicamente, fuera de lo establecido en el § 10a, una oportunidad existente para dicho consumo,
12. incite públicamente, sea verbalmente o mediante publicaciones

escritas (§ 11, párr. III, Cód. Pen.), a consumir estupefacientes, que no han sido recetados de modo legal,

13. facilite recursos económicos u otros bienes patrimoniales a otro para un hecho antijurídico previsto en los incisos 1, 5, 6, 7, 10, 11 o 12, o bien,

14. infrinja un decreto según el § 11, párrafo II, oración 2, inciso 1, o el § 13, párrafo III, oración 2, incisos 1 o 3, en tanto remita a un tipo determinado de este precepto penal.

La entrega de jeringas estériles descartables a drogadependientes no se interpreta como facilitar una oportunidad para el consumo en el sentido del inciso 11, oración 1.

(II) En los casos del párrafo I, oración 1, incisos 1, 2, 5 o 6, letra "b" la tentativa es punible.

(III) En casos especialmente graves la pena será pena privativa de libertad no menor a un año. Existe por regla un caso especialmente grave, cuando el autor:

1. en los casos del párrafo I, oración 1, incisos 1, 5, 6, 10, 11 o 13 actúa por oficio,

2. mediante una de las acciones mencionadas en el párrafo I, oración 1, incisos 1, 6 o 7, ha puesto en peligro la salud de varias personas.

(IV) Si el autor actúa imprudentemente en los casos del párrafo I, oración 1, incisos 1, 2, 5, 6, letra "b", incisos 10 u 11, la pena será pena privativa de libertad de hasta un año, o pena de multa.

(V) El tribunal puede dispensar de la imposición de una pena según los párrafos I, II y IV, si el autor cultiva, produce, importa, exporta, traslada, adquiere los estupefacientes meramente en cantidades insignificantes para consumo personal, o los consigue de cualquier otro modo, o los tiene.

(VI) Los preceptos del párrafo I, oración 1, inciso 1 tienen también aplicación, en tanto se refirieran a la comercialización, suministro o venta cuando la conducta se relaciona con sustancias o preparados que no son estupefacientes, pero que son vendidos como tales.

Comentario

Respecto del § 29, párrafo I, inciso 3, el Tribunal Constitucional

Federal alemán (BVerfG) tuvo que decidir si la tenencia de productos de cannabis (mariguana) para consumo personal era inconstitucional. El Tribunal sostuvo la constitucionalidad del precepto, pero también distinguió entre "punibilidad" y "dispensa de la imposición de una pena". A criterio del Tribunal, la dispensa de la imposición de la pena sería aplicable en todos los casos (Naucke, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed., Luchterhand, 2002, p. 88).

Se ha dicho que el BVerfG, en su decisión a favor de la constitucionalidad del § 29, párrafo I, inciso 3 —denominada también "sentencia del cannabis"—, confirmó la constitucionalidad de una legislación antitribal (Stächel, *Es compatible la "prohibición de infraprotección" con una concepción liberal del Derecho Penal?*, trad. de Felip i Sabot, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 293).

El término "publicaciones escritas" en el § 29, párrafo I, inciso 12 equivale a los soportes de sonido y de imagen, almacenamientos de datos, ilustraciones y otras imágenes.

§ 29a Hechos punibles

(1) Será penado con pena privativa de libertad no menor de un año, quien:

1. como persona mayor de veintún años, suministre estupefacientes sin la autorización prevista en el § 3, párrafo I, inciso 1 a una persona menor de dieciocho años, o se los aplique en infracción al § 13, párrafo I, o los suministre para el consumo no permitido, o bien,
2. comercialice estupefacientes en cantidades relevantes sin la autorización prevista en el § 3, párrafo I, los produzca, suministre o tenga en cantidades relevantes sin haberlas obtenido en base a la autorización prevista en el § 3, párrafo I.
- (II) En casos menos graves, la pena será pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años.

Comentario

Aquí y en los § 30 (I), inciso 4, 30a (II), inciso 2, BtMG, aparece la

expresión *nicht geringer Menge*, que fue traducida por "cantidades relevantes", aunque literalmente significa "cantidades no insignificantes". Por otra parte, se ha criticado la vaguedad de la expresión "cantidad insignificante" desde la óptica del principio de legalidad, más concretamente desde el mandato de determinación (Süss, *El trato actual del mandato de determinación*, trad. de Felip i Saborit, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 228).

§ 30 Hechos punibles

(1) Será penado con pena privativa de libertad no menor de dos años, quien:

1. cultive, produzca o comercialice estupefacientes (§ 29, párr. 1, oración 1, inc. 1) y en ello actúe como miembro de una banda, que se ha constituido para la comisión continuada de tales hechos,

2. actúe por oficio en los casos del § 29a, párrafo 1, inciso 1,

3. suministre estupefacientes, le aplique a otro o los suministre para el consumo no permitido y mediante esto cause imprudentemente su muerte, o bien,

4. importe estupefacientes en cantidades relevantes sin la autorización prevista en el § 3, párrafo 1, inciso 1.

(II) En casos menos graves, la pena será pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.

Comentario

El § 30, párrafo 1, inciso 3 no utiliza aquí el término *fahrlässig (imprudentemente)*, sino el término *leichtfertig*, que hace referencia a la "ligereza", pero que está comprendido por la imprudencia. Por ello se ha preferido traducir *leichtfertig* por "imprudentemente".

§ 30a Hechos punibles

(1) Será penado con pena privativa de libertad no menor de cinco años, quien cultive, produzca, comercialice estupefacientes en cantidades relevantes sin la autorización prevista en el § 3, párrafo 1, oración 1, inciso 1, los importe o exporte (§ 29, párr. 1, inc. 1) y en ello

actúe como miembro de una banda, que se ha constituido para la comisión continuada de tales hechos.

(II) De la misma manera será penado, quien:

1. como persona mayor de veintitún años, determine a una persona menor de dieciocho años, a comercializar estupefacientes sin autorización, o bien, sin comercializarlos, a importarlos, exportarlos, suministrarlos o a ponerlos en circulación de cualquier otro modo, o a fomentar una de estas acciones, o bien,

2. comercialice estupefacientes sin autorización en cantidades re-

levantes, o bien, sin comercializarlos, los importe, exporte, o los consiga y en ello se conduzca con un arma de fuego, u objetos especiales, cuya clase es apropiada y determinada para lesionar personas.

(III) En casos menos graves, la pena será pena privativa de libertad de seis meses hasta de cinco años.

§ 30b Hechos punibles

El § 129 del Código Penal rige luego también, cuando una asociación, cuyos fines o cuya actividad están dirigidos al comercio no autorizado de estupefacientes en el sentido del § 6, inciso 5 del Código Penal, no exista en el interior o no exista únicamente en el interior.

Comentario

El § 129 del Código Penal tipifica el delito de "formación de asociaciones criminales", algo parecido a nuestra "asociación ilícita" regulada en el artículo 210 del Código Penal. La expresión "en el interior" debe entenderse en el sentido de "en Alemania".

§ 30c Pena patrimonial (declarada inconstitucional)

(I) En los casos del § 29, párrafo I, incisos 1, 5, 6, 10, 11 y 13

se aplicará el § 43a del Código Penal. Esto no rige en tanto el autor, sin comercializar estupefacientes, los venda, suministre, adquiera o los consiga de cualquier otro modo.

(II) En los casos de los § 29a, 30, 30a y 30b se aplicará el § 43a

del Código Penal.

Comentario

El § 30c regula la imposición de la "pena patrimonial" o "pena pecuniaria" (*Vermögensstrafe*), una de las penas principales que estaba prevista en el Código Penal alemán. Había sido incluida en 1992 por el legislador en el § 43a, StGB. Estaba prevista, por ejemplo, en el § 30c, BtMG para los casos más graves (§ 29, párr. I, incisos 1, 4, 5, 6 y 10; § 29a, § 30, § 30a, § 30b, BtMG). La vaguedad de los presupuestos para la imposición de la "pena patrimonial" ya había sido criticada varios años antes por Naucke. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) cotejó el § 43a, StGB con el artículo 103, párrafo II de la Constitución y lo declaró inconstitucional debido a su grosera vaguedad. La sentencia está publicada en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2002, p. 1779.

Es por ello que en los códigos penales comentados (y en ediciones de libro de bolsillo) fue agregada una nota como la siguiente: "Según la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 20 de enero de 2002 -2 BvR 794/95- publicada en BGBl. I, p. 1340, el § 43a del Código Penal no es compatible con el artículo 103, párrafo II de la Ley Fundamental, y por lo tanto, es nulo. La forma de decisión tiene cosa juzgada según lo previsto en el § 31, párrafo II de la ley del Tribunal Constitucional Federal" (*StGB*, 38ª ed., 2002, *Beck-Texte im dtv*, München, p. 23, nota 1).

El texto del § 30c, BtMG fue redactado en letra cursiva, tal como quedó redactado el § 43a, StGB luego de la declaración de inconstitucionalidad.

§ 31 *Atenuación de la pena o dispensa de pena*

El tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, párr. II del Cód. Pen.) o dispensar de la imposición de una pena según el § 29, párrafos I, II, IV o VI, si el autor:

1. ha contribuido mediante una revelación voluntaria de su conocimiento, para que el hecho pueda ser descubierto más allá de su participación personal en el hecho, o bien,

2. revele voluntariamente su conocimiento de un negociado, en forma tan oportuna, que aún puedan ser impedidos hechos punibles de

los previstos en los § 29, párrafo III, § 29a, párrafo I, § 30, párrafo I, § 30a, párrafo I, de cuyo plan él sabe.

Comentario

El precepto contiene una regulación del "testigo de la corona" (*Kronzeuge*), lo que en Argentina se conoce como "arrepentido" o "delator" (Hasssemer, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. de Patricia Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 97 [N. de la T.]). Esta institución se encuentra en los artículos 29 bis, 29 ter y 33 bis de la ley 23.737. Se habla también de "testigos principales" (*Kronzeugen*). Al respecto, ver P. A. Albrecht, *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*, trad. de Robles Planas, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 485.

§ 31a *Dispensa de la persecución*

(I) Si el proceso tiene por objeto una contravención prevista por el § 29, párrafos I, II o IV, la fiscalía puede dispensar de la persecución cuando la culpabilidad del autor fuese considerada como leve, no hubiese interés público en la persecución penal y el autor cultive, produzca, importe, exporte, traslade o adquiera los estupefacientes en cantidades insignificantes meramente para consumo personal, o los consiga de cualquier otro modo, o los tenga. Se deberá dispensar de la persecución, si el autor tiene estupefacientes en cantidades insignificantes meramente para consumo personal en un espacio para consumo de drogas, que puede ser tolerado según el § 10a, sin tener al mismo tiempo una autorización escrita para la adquisición.

(II) Si la acción ya ha sido promovida, el tribunal puede sobreseer el proceso en cualquier momento del procedimiento bajo los presupuestos del párrafo I con consentimiento de la fiscalía y del acusado. El consentimiento del acusado no es necesario, si el juicio oral no se puede llevar a cabo por las razones mencionadas en el § 205 del Código Procesal Penal o en los casos del § 231 del Código Procesal Penal, y cuando en los casos de los § 232 y 233 del Código Procesal Penal, se lleva a cabo en su presencia. La decisión se dicta por auto. El auto no es recurrible.

Comentario

El § 31a (I) regula la dispensa de la persecución antes de que la acción haya sido promovida, dispensa que en algunos casos es facultativa y en otros es obligatoria.

a) La dispensa de la persecución es facultativa cuando la culpabilidad del autor es considerada como leve, no hay interés público en la persecución penal y el autor cultiva, produce, importa, exporta, traslada o adquiere los estupefacientes en cantidades insignificantes meramente para consumo personal, o los consigue de cualquier otro modo, o los tiene.

b) La dispensa de la persecución será obligatoria cuando el autor tiene estupefacientes en cantidades insignificantes meramente para consumo personal en un espacio para consumo de drogas, que puede ser tolerado según el § 10a, sin tener al mismo tiempo una autorización escrita para la adquisición.

El § 31a (II) prevé el supuesto de que la acción ya haya sido promovida. Aquí establece los mismos requisitos que en el párrafo anterior, pero requiere además el consentimiento de la fiscalía y del acusado. La última parte del precepto establece causas en las cuales no se requiere el consentimiento del acusado, pero sí de la fiscalía (aunque la ley no lo diga).

§ 32 Contravenciones

(I) Actúa contravencionalmente, quien dolosa o imprudentemente:

1. en infracción al § 4, párrafo I no denuncie la participación en el tráfico de estupefacientes,

2. en una solicitud prevista por el § 7, también en conexión con el § 10a, párrafo III, mencione datos erróneos, o bien, acompañe documentación incorrecta,

3. en infracción al § 8, párrafo III, oración 1, también en conexión con el § 10a, párrafo III, no manifieste correctamente una comunicación, la manifieste incompletamente o no inmediatamente,

4. infrinja un suministro efectivizable según el § 9, párrafo II, también en conexión con el § 10a, párrafo III,

5. en infracción al § 11, párrafo I, oración I, importe o exporte estupefacientes sin licencia,

6. infrinja un decreto según el § 11, párrafo II, oración 2, incisos 2 al 4, el § 12, párrafo IV, el § 13, párrafo III, oración 2, incisos 2, 3 o 4, el § 20, párrafo I o el § 28, párrafo II, en tanto el decreto remita a un tipo determinado para este precepto de sanción de multa,

7. en infracción al § 12, párrafo I, suministre estupefacientes o, en infracción al § 12, párrafo II no comuniqué correctamente el suministro o la adquisición, o lo comuniqué incompletamente o no inmediatamente, o no confirme la recepción,

8. en infracción al § 14, párrafos I al IV, no denomine los estupefacientes según lo previsto en dicho precepto,

9. infrinja la imposición de una medida efectivizable según el § 15, oración 2,

10. en infracción al § 16, párrafo I, no destruya los estupefacientes según lo previsto en dicho precepto, no confeccione un informe escrito, o no lo conserve, o bien, en infracción al § 16, párrafo II, oración I, no envíe los estupefacientes para la destrucción, en su caso en conexión con el § 16, párrafo III,

11. en infracción al § 17, párrafos I o II, no lleve los registros, o los lleve incorrectamente o desactualizados, o bien, en infracción al § 17, párrafo III, no conserve los registros o los duplicados de las facturas,

12. en infracción al § 18, párrafos I al III, no comuniqué correctamente o comuniqué incompletamente o inoportunamente,

13. en infracción al § 24, párrafo I, no cumpla un deber de soportar o de colaborar,

14. en infracción al § 24a no denuncie el cultivo de cáñamo, lo denuncie incorrectamente, incompletamente o inoportunamente,

15. coloque estupefacientes en un envío postal, a pesar que este envío está prohibido por la Unión Postal Universal o por una Convención de Unión Postal Universal; el secreto postal conforme al artículo 10, párrafo I de la Constitución queda en eso restringido para la persecución y el castigo de la contravención.

(II) La contravención puede ser castigada con una sanción de multa de hasta veinticinco mil euros.

(III) La autoridad administrativa en el sentido del § 36, párrafo I, inciso 1 de la ley sobre contravenciones es el Instituto Federal de farmacodependencia y productos medicinales, en tanto la ley sea ejecutada por él; en los casos del § 32, párrafo I, inciso 14 lo es el Instituto Federal de agricultura y alimentación.

Comentario

Aquí se traduce *Bussgeld* como "sanción de multa", para diferenciarla de la *Geldstrafe* (pena de multa). La *Geldstrafe* se refiere al castigo proveniente del Derecho Penal; la *Geldbusse* (sanción de multa) al proveniente de cualquier otra parte del Derecho, por ejemplo del Derecho contravenacional.

§ 33 Comiso ampliado y confiscación

(I) El § 73d del Código Penal tiene aplicación:

1. en los casos del § 29, párrafo I, incisos 1, 4, 5, 6, 10 y 11 en tanto el autor actúe por oficio, y
2. en los casos de los § 29a, 30 y 30a.

(II) Los objetos que se relacionan con un hecho punible según los § 29 al 30a o con una contravención prevista en el § 32 pueden ser comisados. Son aplicables el § 74a del Código Penal y el § 23 de la ley sobre contravenciones.

§ 34 Vigilancia de conducta

En los casos del § 29, párrafo III, de los § 29a, 30 y 30a, el tribunal puede imponer la vigilancia de conducta (§ 68, párr. I del Cód. Pen.).

Comentario

Se trata de una medida de seguridad. Con esta medida, el condenado, por ejemplo un vendedor, puede ser colocado en una "oficina de vigilancia", quedando bajo la vigilancia y asistencia (en buen romance: control) de trabajadores sociales o pedagogos sociales estatalmente reconocidos.

Capítulo Séptimo – El autor penal drogadependiente**§ 35 Suspensión de la ejecución penal**

(I) Si alguien ha sido condenado por un hecho punible a una pena privativa de libertad no mayor a dos años, y resulta de los fundamentos de la sentencia, o se comprueba de cualquier otro modo, que él ha cometido el hecho en base a una drogadependencia, la autoridad de ejecución penal puede, con aprobación del tribunal de primera instancia, suspender por un máximo de dos años la ejecución de la pena, de un resto de la pena o de la medida de internación en un establecimiento de desintoxicación, cuando el condenado se encuentre, debido a su dependencia, en el tratamiento conducente a su rehabilitación, o pro-meta someterse a uno semejante y cuyo inicio esté garantizado. También se considera como tratamiento la estadía en un establecimiento esta-talmente reconocido, que elimine la dependencia o reaccione contra una dependencia nueva.

(II) Contra la denegatoria de la aprobación por el tribunal de primera instancia, corresponde a la autoridad de ejecución penal la queja pre- vista en el Segundo Capítulo del Libro Tercero del Código Procesal Penal. El condenado puede atacar la denegatoria de esta aprobación sólo conjuntamente con la denegación de la suspensión por la autoridad de ejecución penal, según los § 23 al 30 de la ley de introducción a la ley de organización judicial. El Tribunal Superior Estadual decide en estos casos también sobre la denegatoria de la aprobación; puede dar la aprobación por sí mismo.

(III) El párrafo I rige respectivamente, cuando:

1. hubo condena a una pena privativa de libertad global no mayor de dos años, o

2. hubo condena a una pena privativa de libertad o pena privativa

de libertad global mayor a dos años y un resto de la pena privativa de libertad o de la pena privativa de libertad global a ejecutar no supera los dos años y además están cumplidos los presupuestos del párrafo I para el hecho punible sentenciado, para el cual tienen im- portancia según la parte que excede.

(IV) El condenado está obligado a producir la prueba sobre el inicio y la continuación del tratamiento, en las fechas que fije la autoridad

de ejecución penal; las personas en tratamiento o instituciones notifican a la autoridad de ejecución penal cualquier interrupción del tratamiento.

(V) La autoridad de ejecución penal revocará la suspensión de la ejecución si el tratamiento no fue iniciado o no fue continuado, o bien, no es de esperar, que el condenado inicie de inmediato un tratamiento de la misma clase o no lo retome, o cuando el condenado no produzca la prueba requerida en el párrafo IV. Se podrá prescindir de la revocación, cuando el condenado compruebe positivamente que él se encuentra en tratamiento. La revocación prevista en la oración I no se opone a una suspensión de la ejecución de la pena.

(VI) La suspensión de la ejecución penal también será revocada, cuando:

1. en la formación ulterior de una pena global no pueda ser suspendida su ejecución conforme al párrafo I en conexión con el párrafo III, o bien,

2. se deba ejecutar otra pena privativa de libertad u otra medida de corrección y seguridad privativa de libertad contra el condenado. (VII) Si la autoridad de ejecución penal ha revocado la suspensión, está facultada para dictar un auto para hacer cumplir la ejecución de la pena privativa de libertad o la internación en un establecimiento de desintoxicación. Contra la revocación se puede recurrir al tribunal de primera instancia. La apelación ante el tribunal no suspende la continuidad de la ejecución penal. El § 462 del Código Procesal Penal rige respectivamente.

Comentario

Los principios establecidos en los § 35 y siguientes, BtMG se encuentran receptados en los artículos 16, 17, 18, 21 y 22 de la ley 23.737. El término "pena privativa de libertad global" (§ 35, párr. III) viene de la palabra clave "pena global" (*Gesamtstrafe*), que se forma en el caso de concurso real o pluralidad de hechos conminados, por ejemplo, con pena privativa de libertad (§ 53, StGB). Ver artículos 55 y 56 del Código Penal argentino.

§ 36 Cómputo y ejecución condicional de la pena

(I) Si la ejecución penal ha quedado suspendida y el condenado se ha dejado tratar en una institución estatalmente reconocida, el tiempo acreditado de la condena de su estadía en esta institución será computado a la pena, hasta que estén cumplidos los dos tercios de la pena. La decisión sobre la posibilidad de dicho cómputo la toma el tribunal al decidir sobre la aprobación prevista en el § 35, párrafo I. Si están cumplidos los dos tercios de la pena mediante el cómputo, o si un tratamiento prematuro en una institución no es más necesario, entonces el tribunal suspenderá condicionalmente la ejecución del resto de la pena, en tanto se pueda justificar considerando el interés de seguridad de la comunidad.

(II) Si la ejecución penal ha quedado suspendida y el condenado ha sometido el tratamiento de su dependencia a un tratamiento distinto del mencionado en el párrafo I, el tribunal suspenderá condicionalmente la ejecución de la pena privativa de libertad o del resto de la pena, en tanto se pueda justificar considerando el interés de seguridad de la comunidad.

(III) Si el condenado se ha sometido luego del hecho al tratamiento de su enfermedad, el tribunal puede establecer, cuando no estén dados los presupuestos del párrafo I, oración I, que el tiempo del tratamiento sea computado total o parcialmente a la pena, cuando esté indicado, considerando los requisitos bajo los cuales está colocado el tratamiento en los condenados.

(IV) Los § 56a al 56g del Código Penal rigen respectivamente.

(V) Las decisiones según los párrafos I al III las toma el tribunal de primera instancia sin juicio oral por auto. Las autoridades de ejecución, el condenado y las personas en tratamiento o instituciones serán oídas. Contra las decisiones es posible la queja inmediata. Para las decisiones previstas en el párrafo I, oración 3 y en el párrafo II rige el § 454, párrafo IV del Código Procesal Penal respectivamente; la instrucción de suspender el resto de la pena la otorga el tribunal.

§ 37 Dispensa de la promoción de la acción pública

(I) Si un imputado está bajo la sospecha, de haber cometido un

hecho punible en base a una drogadependencia, y no es de esperar una pena mayor a una pena privativa de libertad de dos años, la fiscalía puede dispensar provisoriamente de la promoción de la acción pública con aprobación del tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, si el imputado comprueba, que él se ha sometido debido a su dependencia al tratamiento mencionado en el § 35, párrafo I, y que es de esperar su resocialización. La fiscalía fijará fechas, para las cuales el imputado tendrá que acreditar la continuación del tratamiento. El procedimiento continuará, cuando:

1. el tratamiento no haya sido seguido hasta su final previsto,
2. el imputado no produzca las pruebas requeridas según la oración 2,
3. el imputado cometa un hecho punible, y mediante esto demuestre que la esperanza que fundó la dispensa de la promoción de la acción no se ha cumplido, o bien,
4. en base a nuevos hechos o medios de prueba sea de esperar una

pena privativa de libertad mayor de dos años.
En los casos de la oración 3, incisos 1 y 2, se podrá dispensar de la continuación del procedimiento, si el imputado acredita posteriormente, que el aún se encuentra en tratamiento. El hecho no puede ser perseguido más, cuando el proceso no se ha impulsado dentro de los dos años.

(II) Si la acción ya fue promovida, el tribunal puede sobreseer provisoriamente el proceso con consentimiento de la fiscalía, hasta el final del juicio oral, en el cual pueden ser examinadas las comprobaciones fácticas por última vez. La decisión se dicta por auto irrecurable. El párrafo I, oraciones 2 a 5 rige respectivamente. También es irrecurable una comprobación, de que el proceso no ha sido impulsado (párr. I, oración 5).

(III) Las reglas aplicables en el § 172, párrafo II, oración 3, § 396, párrafo III y en el § 467, párrafo V del Código Procesal Penal rigen respectivamente para el § 153a del Código Procesal Penal.

§ 38 Jóvenes y adultos

(I) En la imposición de una pena juvenil rigen los § 35 y 36 en el sentido literal. Junto a la promesa del joven conforme al § 35,

párrafo I, oración I se requiere también la conformidad del titular del derecho de educación y del representante legal. En los casos del § 35, párrafo VII, oración 2, el § 83, párrafo II, inciso I, párrafo III, oración 2 de la ley de tribunales para jóvenes tiene respectiva aplicación. Diferente del § 36, párrafo IV, los § 22 al 26a de la ley de tribunales para jóvenes rigen respectivamente. Para las decisiones conforme al § 36, párrafo I, oración 3 y párrafo II se aplicarán complementariamente junto al § 454, párrafo IV del Código Procesal Penal los § 58, 59, párrafos II al IV y el § 60 de la ley de tribunales para jóvenes.

(II) El § 37 rige respectivamente también para jóvenes y adultos.

Capítulo Octavo – Disposiciones transitorias y finales

§ 39 *Disposición transitoria*

Los establecimientos, en cuyos espacios se tolera el consumo de estupefacientes traídos por los dependientes, no recetados médicamente, antes del 1º de enero de 1999 pueden seguir funcionando sin una autorización de las autoridades superiores competentes del *Land* uni-camente si a más tardar dentro de los 24 meses luego de la entrada en vigencia de la tercera ley de reforma de la ley de estupefacientes del 28 de marzo de 2000 (BGBl., p. 302) se dicta un decreto según el § 10a, párrafo 2 y se solicita la autorización prevista en el § 10a, párrafo I. Hasta que la decisión sobre una solicitud quede firme, estos establecimientos pueden seguir funcionando en tanto estén cumplidas las exigencias del § 10a, párrafo 2 o de un decreto dictado según este precepto. El § 29, párrafo I, oración I, incisos 10 y 11 rige también para los establecimientos previstos en la oración I.

CONTRA LA PENA DE MUERTE

por ENRIQUE DÍAZ-ARANDA¹

Como las gotas del rocío de la mañana que bañan a las flores para darles vida y hermosura, así ha llegado a mi vida Rocío para colmar mi corazón de felicidad y motivación, gracias a ella puedo seguir escribiendo sobre la vida: en favor de su disponibilidad y en contra de su extinción como sanción.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Argumentos históricos. III. Argumentos filosóficos. 1. ¡Búsqueda de la justicia! ¿Es justo matar a los delinquentes? 2. Contradicción de principios. IV. Argumentos normativos. 1. Derecho Comparado. 2. Constitución vs. tratados internacionales. 3. Interpretación sistemática de la Constitución. a) Delitos previstos en la Constitución. b) Los fines de la pena en la Constitución. 4. La comisión de un homicidio calificado. 5. Distinción de la pena en el Código Penal. V. Argumentos criminológicos. 1. Discriminación. 2. Faltabilidad judicial. 3. Costo. 4. Eficacia. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. Planteamiento del problema

En los últimos años se ha incrementado la comisión de delitos en México generando inseguridad, temor, indignación, coraje y deseos de venganza de la sociedad mexicana que reclama a las autoridades su intervención efectiva para prevenir delitos y sancionar a los delinquentes. En particular, la comisión de delitos graves como el homicidio calificado, el secuestro y la violación ha provocado una creciente corriente de opinión a favor de la pena de muerte, postura que parece

¹ Investigador Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

encontrar el sustento jurídico necesario en el actual párrafo 4º del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece:

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiar, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Debido a la existencia del precepto constitucional antes transcrito ha sido posible aplicar la pena de muerte en nuestro país, a continuación narro la última ejecución realizada en nuestro país, el 17 de junio de 1957, para comprender la trascendencia de tal sanción:

José Carmen, entonces de ocho años, acompañaba a su hermana Margarita, la sexta de siete hermanos, cuando la encargada de un puesto donde se vendía alcohol llamó a Margarita, entonces de seis años, para decirle que un señor quería comprarle algunos tomates. José Carmen, el hermano que siempre andaba junto a Margarita, recuerda: "Mi hermanita se entusiasmó. Volvió a casa y en una pequeña canasta mi mamá le puso unos tomates que llevamos hasta el estancuillo. Eran como la siete de la noche". Ahí, Francisco Ruiz Corrales, un jornalero de 27 años de edad, mandó a José Carmen a comprar unos cigarrillos en tanto Ruiz Corrales se llevaba a Margarita para abusar de ella. Fue la última vez que José Carmen vio viva a su hermana. La desaparición de Margarita movilizó a la policía y a cientos de hermosillosenses a una búsqueda que culminó a las cuatro de la mañana, cuando el cuerpo estrangulado de Margarita apareció a la orilla de un arroyo a espaldas de donde actualmente se localiza el hotel Holiday Inn-Valle Grande. Las investigaciones llevaron a la policía hasta la casa del jornalero que aceptó su culpa y llevó a las autoridades a donde había dejado el cadáver de la niña [...] Ruiz Corrales fue condenado por el juez Roberto Reynoso Dávila a la pena de muerte. A las 5:05 horas del 18 de junio de 1957 Juan Zamartipa, también condenado por la violación y muerte de otra niña, y Ruiz Corrales fueron ejecutados por un pelotón que pese a sus descargas no

consiguió privarlos de la vida y fue necesario darles el tiro de gracia. Ruiz Corrales, el último en morir, había manifestado momentos antes a los periodistas del periódico *El Regional*: "voy convencido de que estoy pagando mi deuda. Quizá así alcance el perdón de Dios. Ya vi a mi 'jefecita' (se refiere a su mamá) y le pedí que no viniera nadie de la casa al fusilamiento [...] Asegúrenle al padre que llegué rezando el credo al paredón. Mi último deseo es un minuto más de vida, para volver a rezarlo. Díganles a todos cómo terminan los que andan mal en la vida, para que les sirva de ejemplo".³

Recientemente, el ex juez Reynoso Dávila ha manifestado que no le remuerde la conciencia por haber condenado a aquel asesino "porque la ley así lo determinaba". Pero, además, "si fuera juez otra vez, y si me lo pusieran en frente a él o a otros desalmados, como el *Mochaorejas* o al asesino de las mujeres de Ciudad Juárez los condenaba a muerte".⁴ Así, el alarmante incremento de la criminalidad en nuestro país, la existencia de un precepto constitucional que otorga al legislador penal la facultad para establecer la pena de muerte en los Códigos Penales y la ejecución de delinquentes durante la primera mitad del siglo XX han propiciado que la población, enardecida por la comisión de delitos graves, vuelva a considerar que la pena de muerte puede ser la solución al problema de la criminalidad; corriente de opinión que ha sido empleada por algunos candidatos a legisladores de la Alianza entre el Partido Revolucionario Institucional y el Partido Verde Ecologista en el Estado de México para impulsar sus campañas políticas a través de una votación, celebrada el 16 de febrero de 2003, vía telefónica, internet y las urnas, en la que el 85,4% de los votantes se pronunciaron a favor de imponer la pena de muerte a los secuestradores.⁵ Nada más aterrador que lo anterior, pues dichos candidatos se postulan como los representantes y la voz del pueblo en el Congreso y las preguntas giran en torno a la voluntad de la sociedad. ¿Se quiere matar a los

³ *Revista de Derechos Humanos*, 1996, ps. 151 y 158.

⁴ http://www.el-universa.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=48447&tabla=Estados.

⁵ Se registraron alrededor de 800.000 votos emitidos que representan casi el 10% del total del padrón electoral del Estado de México conformatado por 8.331.394 habitantes. Cita: <http://www.reforma.com/edomex/articulo/270071/> y http://www.el-universa.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=121470&tabla=notas.

secuestradores? ¿O se quiere evitar más secuestros? El trasfondo de ambos interrogantes es muy distinto, pues en la primera subyace la idea de un pueblo sediento de sangre, mientras que en la segunda hay una llamada desesperada de un pueblo que lo único que quiere es vivir con tranquilidad y sin la zozobra de la inseguridad. Por ello no es de extrañar que al día siguiente de la votación en el Estado de México, la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, la Comisión Nacional de Seguridad Pública de la Coparmex, el Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia, el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados y la Promotora Internacional de Derechos Humanos emitieran un desplegado para rechazar que la inseguridad en el país se abata con la pena de muerte⁶.

Interpretar correctamente el llamado del pueblo es indispensable para adoptar las medidas adecuadas para solucionar el problema y desde ahora dejo de manifestar que: ¡La pena de muerte no solucionaría el problema de la criminalidad en México! A continuación expondré los diferentes argumentos en contra de la pena capital.

II. Argumentos históricos

“Un pueblo sin memoria difícilmente podrá tener un futuro”, pues con el conocimiento de nuestro pasado podemos evitar volver a cometer los mismos errores. Por ello, resulta necesario conocer cual fue la intención del Constituyente de Querétaro al plasmar la pena de muerte en nuestra Carta Magna y para ello es necesario acudir a los Diarios de los Debates para realizar una interpretación auténtica de la norma. Así, durante la 39ª sesión ordinaria celebrada en el teatro Iturbide el viernes 12 de enero de 1917, se verificó uno de los debates más relevantes sobre el tema de estudio, del cual transcribo los pasajes más importantes:

El C. diputado Gaspar Bolaños V. pretende la abolición de la pena de muerte, salvo el caso de traición a la patria, fundando su iniciativa, sintéticamente, en las mismas razones que han venido sosteniendo los abolicionistas de la pena capital; ésta constituye una violación al derecho natural: su aplicación es contraria a la teoría que no autoriza

⁶ <http://mx.news.yahoo.com/030217/26/wbwl.html>.

las penas sino como medio de conseguir la corrección moral del delincuente; es inútil la pena de muerte, porque no es verdad la ejemplaridad que se ha pretendido; quien menos sufre con la aplicación de esa pena, es el propio delincuente; a quien afecta principalmente es a su familia; y, por tanto, es injusta aquella, porque castiga con rigor implacable a quien no tiene culpa; la irrevocabilidad de tal pena no deja lugar a la enmienda de errores judiciales; en el estado actual de la ciencia, no puede asegurarse si un infractor de la ley es un criminal o un enfermo; por medio de la pena de muerte se confunden los dos casos de una manera irreflexiva e injusta. La delincuencia entre nosotros es fruto de la ignorancia; mientras la sociedad no haya cumplido con su deber de extirpar ésta, no tiene el derecho de aplicar la pena de muerte, puesto que los delitos a que ella se aplica son el fruto de la omisión de la misma sociedad. Por último, esta cumplida la condición bajo la cual los constituyentes de 1857 ofrecieron al pueblo la abolición de la pena capital; ya se ha establecido el régimen penitenciario; no debe demorarse más el cumplimiento de esta solemnidad promesa.

Esta cita de los debates del Constituyente de 1917 pone de manifiesto que la pena de muerte fue prevista en nuestra Carta Magna como una medida provisional a la instauración del sistema penitenciario⁷, y dado que esto ya se ha verificado desde hace muchas décadas, podemos sostener que el legislador mexicano ha contravenido los designios del Constituyente de Querétaro al no derogar el actual párrafo 4º del artículo 22 de nuestra Constitución y mantenerlo todavía vigente. El argumento histórico antes esgrimido sería suficiente para pro-ceder a la inmediata erradicación de la pena de muerte de nuestro sistema jurídico. Pero si acaso alguien se atreviera a seguir siendo partidario de la misma, podemos ofrecer más argumentos en contra de la pena capital debido a que contraviene tanto los principios éticos del ser humano como los fines de la pena previstos en la Constitución, es anticonstitucional debido a la existencia de tratados internacionales

⁷ Incluso, la previsión de la pena de muerte condicionada a la instauración del sistema penitenciario se puede constatar en el Proyecto de Ley de Garantías de 1847 y en la Constitución de 1857, específicamente en el art. 23. En este sentido cfr. el desarrollo realizado por ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *La pena de muerte en México*, aps. I, 1, B), a) y c), y C), a) y b).

que obligan a México a su erradicación, convierte al Estado en un asesino y su aplicación podría acentuar las desigualdades étnicas, económicas y constituir el peor error judicial con consecuencias irreversibles. Por si fuera poco, el costo de la pena de muerte sería mayor al de la cadena perpetua y no serviría como medida para evitar la comisión de delitos. A continuación sustentaré mis aseveraciones.

III. Argumentos filosóficos

1. *¡Búsquedla de la justicia! ¿Es justo matar a los delincuentes?*

Cuando Tymoty MacBay fue ejecutado, el presidente de los Estados Unidos de América consideró el hecho como "un acto de justicia". La pregunta es: ¿cuál es el delito que con justicia puede ser sancionado con la pena capital? La ejecución de un delincuente sólo podría considerarse como una expresión de la justicia si ésta se sustentara en el principio de la retribución cuyos orígenes los encontramos en la ley del talión: "ojo por ojo y diente por diente"; ello supondría que se debe sancionar al delincuente con un mal equivalente al del daño que causó. Pero la propuesta que se está planteando hoy en día es de matar al que privó a otro de la libertad. ¿Acaso la vida tiene el mismo valor que la libertad?, esto no puede ser equivalente y ni siquiera en la Edad Media podría considerarse como una sanción justa. Evidentemente la vida es el bien jurídico por excelencia y los demás bienes jurídicos tienen un valor menor, y eso nos lleva a concluir que no sería justo privar de la vida a quien afectó bienes de menor valía.

Por ende, si quisiéramos decir que con la pena de muerte se busca un fin retributivo, entonces, sólo podríamos condenar a dicha pena a quien ha privado de la vida a otro. Mas por esa vía sólo estaríamos institucionalizando la ley del talión, sólo que la víctima o los familiares colmarían su sed de venganza a través del Estado que sería el brazo ejecutor de una sanción desproporcionada con el daño causado; en otras palabras: "la aplicación de la pena de muerte para los secuestradores se convertiría en un acto institucionalizado de venganza injusta".⁸

⁸ En el mismo sentido cfr. el pronunciamiento de la Dra. Islas de González Mariscal, apartado II, B), f).

2. Contradicción de principios

El Derecho Penal se conforma de tipos penales, que están contenidos en artículos de la ley, los cuales tienen como finalidad dar a conocer a los miembros de la sociedad cuáles son las conductas consideradas como prohibidas por lesionar un bien fundamental para la vida en sociedad, motivo por el cual el tipo penal tiene una "función de llamada" a los ciudadanos para que eviten realizar dichas conductas. Por ello, cuando el Estado prohíbe y sanciona el homicidio está enviando un mensaje a sus ciudadanos para que eviten matar a otro y entonces, ¿por qué el Estado sí puede privarlos de la vida cuando cometen un delito?, ¿acaso el delincuente deja de ser ciudadano?, ¿merece protección distinta la vida del ciudadano no delincuente que la del delincuente? Es claro que la vida de cualquier ciudadano tiene que ser protegida y el Estado incurriría en una contradicción de principios si por una parte establece como delito el hecho de privar de la vida a otro y por la otra el mismo priva de la vida al ciudadano que cometió un delito aunque haya sido de los más graves.

En el siglo XVIII Beccaria señaló: "Me parece un absurdo que las leyes, que son la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas y, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen uno público".⁹

En nuestro país, durante la discusión sobre la pena de muerte del Constituyente de 1917, el diputado Ríos manifestó: "si no queréis que se mate, empezad vosotros, señores asesinos [...]" (y al Estado le cuestas mate, empezad vosotros, señores asesinos [...]) (y al Estado le cuestas mate, empezad vosotros, señores asesinos [...])¹⁰

Por su parte, el ex presidente de Chile, Eduardo Frei, manifestó: "No puedo creer que para defender la vida y castigar al que mata, el Estado deba a su vez matar. La pena de muerte es tan inhumana como

⁹ BECCARIA, Cesare, *De la pena de muerte*, en *Revista Mexicana de Justicia*, No 1, Nueva Época, enero-marzo de 1993, p. 13.

¹⁰ *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclamación de la independencia nacional y del cincuentenario de la revolución mexicana, México, 1960, t. II, p. 335.

- ¹¹ Cita Informe de Amnistía Internacional.
- ¹² Cita Informe de Amnistía Internacional.
- ¹³ <http://mx.news.yahoo.com/030217/26/wbwl.html>.
- ¹⁴ Incluso la Corte Internacional de Justicia de La Haya condenó a Estados Unidos de América y ordenó la suspensión de la ejecución de tres condenados, y se está a la espera de que acate dicha resolución. <http://mx.news.yahoo.com/030207/7/vd2c.html>.
- ¹⁵ 408, U. S. 238 (1972).

Cuando se hace referencia a la pena de muerte se toma como modelo inmediato a los Estados Unidos de América. Sin embargo, su aplicación en la Unión Americana ha sido motivo de opiniones encontradas entre la población y a nivel judicial se ha cuestionado su constitucionalidad debido a su evidente contravención con los derechos humanos. Recordemos que en el caso "Furman vs. Georgia", de 29 de junio de 1972¹⁵, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional la pena de muerte por cinco votos a favor y cuatro en contra.

IV. Argumentos normativos

1. Derecho Comparado

el crimen que la motiva"¹¹. De igual forma, el juez Sachs del Tribunal Constitucional sudamericano manifestó en 1995: "todas las personas deben tener derecho a la vida. Si no es así, el asesino adquiere involuntariamente una definitiva y perversa victoria moral al convertir al Estado también en asesino, reduciendo de esa manera el aborrecimiento de la sociedad hacia la extinción deliberada de otros seres humanos"¹². En este sentido, el 17 de febrero de 2003 Vicente Fox Quesada manifestó: "De manera personal y como presidente de la República me opongo totalmente a que en este país se establezca la pena de muerte. Creo que todos los países democráticos, quienes creemos en el ser humano no apoyamos la pena de muerte. Yo rechazo tajantemente esto en nuestro país"¹³. Dicha declaración es congruente con la denuncia presentada por México en contra de los Estados Unidos de América ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya para evitar la ejecución de 54 de nuestros compatriotas condenados a la pena capital¹⁴, pues no sería entendible que a nivel internacional repudiemos su aplicación y a nivel interno si querramos aplicarla.

En dicha resolución la Corte consideró que la pena de muerte constituye una pena "cruel e inusitada". No obstante, en junio de 1976 la Suprema Corte volvió a cambiar su criterio y la consideró constitucional¹⁶. Según los informes de Amnistía Internacional, desde 1976 hasta el año 2000 se han ejecutado a 683 condenados, de los cuales 85 corresponden al año 2000¹⁷. Cabe señalar que en Estados Unidos de América no todos los Estados son partidarios de dicha sanción. Así quedó de manifiesto al rechazarse en Massachusetts la propuesta de ley para restablecer la pena de muerte¹⁸.

2. Constitución vs. tratados internacionales

La pena de muerte fue abolida de las legislaciones penales estatales y federal durante la segunda mitad del siglo XX y dado que el artículo 4.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido"¹⁹, entonces dicha sanción no se puede volver a incluir debido a que hay una prohibición expresa de un tratado internacional que no puede ser contravenido por una ley de inferior rango como lo es el Código Penal²⁰. La aseveración anterior ha sido desarrollada y fundamentada ampliamente en el trabajo realizado por la doctora Olga Islas de González Mariscal, a donde remitimos²¹.

¹⁶ REYNOSO DÁVILA, Roberto, *La pena de muerte*, en *Revista de Derechos Humanos*, Nº 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, p. 170.

¹⁷ Amnistía Internacional, *Informe 2001*, p. 189.

¹⁸ Amnistía Internacional, *Informe*.

¹⁹ Cfr. OVALLE FABELA, José, *La pena de muerte*, en *Revista de Derechos Humanos*, Nº 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, p. 180.

²⁰ Este aserto se puede sostener a pesar de que hasta el 31 de diciembre de 2000 México no firmaba ni el Protocolo Facultativo del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ni el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP relativo a la abolición de la pena de muerte, ni tampoco el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Cfr. *Informe 2001* de Amnistía Internacional, p. 500.

²¹ Vid. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *La pena de muerte en México*, aps. V y VI.

3. Interpretación sistemática de la Constitución

a) Delitos previstos en la Constitución

Aunque los argumentos esgrimidos contra la pena de muerte son suficientes para rechazar su inclusión en nuestras leyes penales, conviene hacer un análisis de los delitos por los cuales el legislador local, de acuerdo con el párrafo 4º del artículo 22 de la Constitución, podría establecer la pena de muerte, ya que muchas de las denominaciones que allí se utilizan han caído en desuso y pueden crear confusiones. Además, existen opiniones a favor de imponer la pena de muerte para delitos no previstos en el artículo 22, como sucede con la violación, por lo cual resulta indispensable analizar cuáles son los delitos que actualmente si encuadran en la terminología empleada por el Constituyente de Querétaro.

El delito de traición a la patria se sigue previendo en nuestros Códigos Penales Federal y locales. Sobre el particular debemos señalar que la opinión dominante en los debates del Constituyente de 1917 fue favorable a su aplicación a quien cometiera este delito e incluso el diputado Bolaños, defensor de la abolición de la pena de muerte, se pronunció a favor de ella en este supuesto.

Respecto al patricida, en el Código Penal Federal de 1931 se contemplaba la figura del patricida, sin embargo, actualmente la figura abarca también la privación de la vida del cónyuge, concubina, concubinario, adoptante o adoptado, por lo que su título de imputación se ha transformado en "homicidio en razón de parentesco o relación" (art. 323, CPF); esto ofrece diversos interrogantes: ¿se puede aplicar la analogía y considerar al patricida como equivalente al homicidio en razón de parentesco o relación?, ¿tendrá la misma cantidad de injusto matar a un ascendiente o descendiente que a un cónyuge o concubina? La respuesta es negativa, por lo que el patricida sólo podrá interpretarse como el dar muerte a un ascendiente o descendiente.

Con respecto al homicidio cometido con alevosía, premeditación o ventaja, cabe decir que basta con una de las calificativas y no se

necesita de la concurrencia de las tres, tal como quedó establecido en la siguiente jurisprudencia:

Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Apéndice de 1995; t. II, Parte SCJN; Tesis: 238, p. 135.
Pena de muerte. Es evidente que un simple error de imprenta, no puede variar el texto auténtico de la Constitución, en el que, de manera expresa, se establece que "sólo podrá imponerse la pena de muerte [...] al homicida con alevosía, premeditación o ventaja..."; no siendo, por tanto, necesaria la concurrencia de las tres calificativas.

Quinta Época:
 Amparo directo 9/17. Lindenberg William P. 2 de julio de 1918.
 Mayoría de diez votos.
 Amparo directo 61/18. Castillo Bernardino. 28 de marzo de 1919.
 Unanimidad de nueve votos.
 Amparo directo 1202/21. Collin Angel. 23 de septiembre de 1924.
 Unanimidad de diez votos.
 Amparo directo 398/28. Ordaz Pantaleón y coag. 17 de enero de 1929.
 Cinco votos.
 Amparo directo 4306/28. León Toral José de. 6 de febrero de 1929.
 Unanimidad de cuatro votos.
 Nota: En el Apéndice al tomo L y a los Apéndices de 1954 y 1965 el rubro era: *Pena capital*.

El homicidio calificado no enfrenta mayores problemas de interpretación como sí ocurre con las figuras del incendiario o del pirata, cuya tipificación expresa no se puede encontrar en el Código Penal. Respecto al salteador de caminos, se trataba de un verdadero problema de aquella época, como lo puso de manifiesto el C. diputado Román durante los debates del Constituyente de 1917 al manifestar:

En lo general, la Comisión acepta la pena de muerte [...] respecto del salteador de caminos, es una verdadera necesidad para conseguir la pacificación de la patria. Muchos de los que estamos aquí presentes, todavía recordaremos cómo en regiones apartadas del país, en una nación como la nuestra, de un territorio verdaderamente grande, sumamente extenso y accidentado, la pacificación es un problema que tiene la revolución que resolver posteriormente y que se presenta, casi pudiese-ramos decir, como un fantasma. Y en estos casos, la pena de muerte se

impone para ciertas regiones. La Comisión tiene la convicción de que en muchos casos ha sido la única solución que se ha dado para combatir ese mal para regiones como el Estado de Morelos. Consúltese la historia y la historia dirá los medios que se emplearon en estas regiones accidentadas, y se verá cómo en algunos pueblos pequeños, en los más escarpados de la sierra, después de eliminar tres o cuatro personalidades de aquellos delincuentes, se consiguió dar mayor seguridad a los caminos. Quizá muchas de las diferencias dependen de nuestras prácticas en el sistema penal, pues muchos de los que se cogían por los caminos como presuntos salteadores, aun habiendo las mayores probabilidades de su culpabilidad, se les llevaba a la cárcel y casi siempre se veía que ese sistema no era bastante para acabar con esa plaga social. Otro tanto se diría respecto de los incendiarios, plagiaros y piratas...

Por otra parte, durante los debates del Constituyente de 1917 el diputado Lizaurturi trató de delimitar lo que se entiende por salteador de caminos, presentando una concepción muy similar al robo con violencia²². Empero, el Código Penal Federal sí contiene la figura del salteador de caminos en el artículo 286, por lo que se debe atender exclusivamente a este supuesto.

Respecto a los delitos graves del orden militar, éstos se encuentran contemplados en los artículos 203, 206, 208 y 210 del Código de Justicia Militar. Los preceptos citados continúan vigentes y describen conductas de la más variada índole, siendo necesario puntualizar que muchas de ellas no revisten la gravedad suficiente como para imponer la pena de muerte²³.

Estos son los únicos delitos previstos en la Carta Magna desde 1917 y no se pueden incorporar otras figuras delictivas como sería la violación. En efecto, aunque el Constituyente de 1917 planteó la posibilidad de sancionar el delito de violación con la pena de muerte como una respuesta a las múltiples violaciones cometidas por "forajidos"²⁴, y se dijo:

En el artículo que estudiamos [entonces el art. 22, párr. 2º] se conserva

²² Cfr. *Diario de los debates...* cit., p. 333.

²³ En este sentido cfr. PAULI BOLIO, Francisco, *Debates sobre el párrafo tercero del artículo 22 constitucional*, en *Revista de Derechos Humanos*, N° 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, p. 178.

²⁴ Cfr. *Diario de los debates...* cit., p. 350.

la pena de muerte en los mismos casos que expresa la Constitución de 1857, extendiéndola también al violador. Ciertamente, el delito de violación puede dejar a la víctima en situación moral de tal manera miserable y lastimosa, que hubiera preferido la muerte; el daño causado por ese delito puede ser tan grande, como el producido por un homicidio calificado, lo cual justifica la aplicación de igual pena en ambos casos.

No obstante, la propuesta fue rechazada y hubo voces particulares que se pronunciaron en contra de la inclusión de ese supuesto como la del diputado Cravioto. Por tanto, ninguna Legislatura local o federal puede sancionar la violación con la pena capital.

Como dato adicional, existen países como China en los que es posible sancionar con pena de muerte el fraude fiscal, la falsificación, la malversación o la corrupción. Por otra parte, en los Estados Unidos de América se puede imponer la pena capital a jóvenes de 16 años de edad. Todo lo anterior está descartado de antemano de nuestra legislación.

b) *Los fines de la pena en la Constitución*

La Constitución ordena en el segundo párrafo del artículo 18 que los Estados de la República estructurarán el sistema penitenciario bajo las directrices de la readaptación a través del trabajo y la educación. Lo anterior implica una clara directriz constitucional de la pena que es conocida como la prevención especial. En otras palabras, de acuerdo con nuestra Carta Magna, el fin de la pena es la resocialización del delincuente y no la retribución, ni mucho menos su eliminación. Por ello, al aplicarse la pena de muerte el delincuente ya no podría ser resocializado y se estarían contraviniendo los designios de la Constitución.

4. *La comisión de un homicidio calificado*

Cuando el juez condena al procesado a la pena de muerte necesita-riamente determina el día, la hora y la forma de ejecución: fusilamiento, inyección letal o silla eléctrica. Lo anterior supone que el condenado, desde el día de la sentencia, vivirá con la certeza del día de su muerte y, consecuentemente, sufrirá tormento psicológico al saber que no puede hacer nada que lo salve, de ahí que a los condenados a la pena de

muerte se les llame como "hombres muertos marchando". Si analizamos este hecho desde el prisma normativo del Código Penal Federal, tendríamos que ubicarlo en la hipótesis del homicidio calificado caracterizado por el hecho de reflexionar (premeditación) y privar de la vida a otro que no tiene posibilidades de defensa (ventaja), empleando al efecto sustancias nocivas para la salud o tormentos (arts. 315 y 316, CPF).

5. *Disfunción de la pena en el Código Penal*

El establecimiento de las penas que se impondrán a quienes cometen delitos se determina conforme al bien fundamental que se lesiona. Por ende, se requiere ordenar jerárquicamente los bienes que se tutelan en el Código Penal y conforme a su lesión señalar la pena a imponer. Así, por ejemplo, si establecemos la relación jerárquica que existe entre la vida y el patrimonio, la primera es de mayor importancia frente al segundo, y por ende la pena a imponer para quien priva de la vida es mucho mayor en comparación de quien roba.

No obstante, al analizar los Códigos Penales de nuestro país encontramos disfunciones en las penas, por ejemplo, en el Código Penal para el Estado de México la pena prevista para el secuestro es de 30 a 50 años de prisión (art. 259), mientras que la pena para el homicidio simple es de 10 a 15 años de prisión y de 20 a 50 años de prisión si el homicidio es calificado (art. 242, fracciones I y II). Lo anterior implica ya una disfunción sistemática de las penas que se puede agravar todavía más si se pretendiera sancionar el secuestro con la pena de muerte, debido a que se confirmaría que la libertad está siendo considerada como un bien de mayor valía frente a la vida y esto es inadmisible.

V. *Argumentos criminológicos*

La pena de muerte no sólo se puede atacar desde el punto de vista histórico y normativo sino también desde el punto de vista criminológico, pues en los países en que se aplica la pena de muerte se ha observado una clara tendencia discriminatoria y no ha servido para prevenir la comisión de delitos.

En efecto, en 1998, a nivel mundial, se aplicó la pena de muerte a 1.625 delinquentes de 37 países, de los cuales el 80% se ejecutaron en China, Estados Unidos, Irán y la República Democrática del Congo. Debido a nuestra ubicación geográfica, el punto de referencia más próximo es el de los Estados Unidos de América, lugar donde, por cierto, se inventó la silla eléctrica que fue utilizada por primera vez el 6 de agosto de 1890 en la prisión de Sing-Sing en Nueva York²⁵. La pregunta es: ¿cuál ha sido la experiencia de la pena de muerte después de un siglo de su aplicación en el vecino país del norte?

1. Discriminación

En los Estados Unidos de América, según los datos estadísticos, el mayor número de condenados a pena de muerte se conforma por negros y latinos. Lo anterior no significa que sólo sean esos grupos raciales los que cometen los peores delitos, pues ante casos muy similares la probabilidad de la condena a la pena de muerte es menor si el delincuente es blanco y es mayor si es negro, y entre estos dos se ubica el sujeto de origen latino. "El número de blancos y negros que son asesinados en Estados Unidos es equiparable, y sin embargo el 82 por ciento de los presos ejecutados desde 1977 fueron declarados culpables del asesinato de una persona blanca. Los negros representan sólo el 12 por ciento de la población total del país, pero el 42 por ciento de los condenados a muerte son de raza negra"²⁶.

Lo anterior da sustento a lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso "Furman vs. Georgia":

La pena de muerte se abate sobre los pobres, los ignorantes y los miembros subprivilegiados de la sociedad [...] mientras la pena capital se utiliza sólo contra los desvalidos y miembros olvidados de la sociedad los legisladores están contentos con mantener el *statu quo*. Sólo en una sociedad libre puede la justicia triunfar en tiempos difíciles. Uno busca en vano en nuestras crónicas la ejecución de algún miembro de los estratos influyentes de nuestra sociedad pero éstos nunca reciben condenas a muerte²⁷.

²⁵ REYNOSO DAVILA, *La pena de muerte* cit., p. 163.
²⁶ Cita Informe de Amnistía Internacional.
²⁷ <http://www.forumbabel.net/babel1252.htm>.

Así, en junio de 1999 "Brian Baldwin fue ejecutado en la silla eléctrica en Alabama, a pesar de que 26 miembros del Comité Negro del Congreso en Washington D. C. solicitaron la suspensión de su ejecución en vista de «la clara pauta de discriminación racial existente en su caso»»²⁸.

Por otra parte, existen casos en los cuales el factor racial no es decisivo sino el aspecto económico, ello quedó de manifiesto en el caso del jugador de fútbol americano O. J. Simpson quien, a pesar de pertenecer a la raza negra, pudo evitar la pena de muerte e incluso la condena a prisión gracias al costoso grupo de abogados que se ocupó de su defensa.

Por todo lo anterior no es de extrañar que el Relator Especial de la ONU en el informe de su visita a Estados Unidos de América en 1997 concluyera que "la raza, el origen étnico y la situación económica parecen ser factores clave a la hora de decidir quién será condenado a muerte y quién no lo será"²⁹.

Si todo lo anterior lo trasladamos a México podríamos preguntarnos: ¿quienes serían los condenados a muerte? ¿quienes cometen delitos graves o quienes cometen delitos graves y son pobres? Para volver a hacer memoria, durante el debate del Constituyente de 1917, el diputado Del Castillo se refirió a la aplicación de la pena de muerte para el débil y jamás para el magnate³⁰.

2. *Falibilidad judicial*

En los Estados Unidos de América existen diversos casos documentados de sujetos que fueron condenados a la pena de muerte y después de su ejecución aparecieron pruebas que demostraron su inocencia. Así, "Michael Radelet, Hugo Adam Bedau y Constance E. Putnam informan que desde el año 1900, en Estados Unidos 350 personas han sido erróneamente acusadas de crímenes y luego condenadas a la pena de muerte (eventualmente varias han sido ejecutadas). De esas personas condenadas a muerte, 23 fueron ejecutadas, como lo

²⁸ Cita Informe de Amnistía Internacional.

²⁹ Cita Informe de Amnistía Internacional.

³⁰ Cfr. *Diario de los debates...* cit., esp. p. 343.

indica el estudio, a pesar de la inocencia (*In Spite of Innocence*), publicado en 1992 por Northeastern University Press, en Boston³¹.

Desde 1973 hasta 1999, 84 condenados a la pena de muerte han tenido mejor suerte y han salvado su vida gracias a la aparición de pruebas que demostraban su inocencia. Por citar sólo un par de ejemplos, en enero de 2001, el caso contra Peter Limone fue oficialmente sobrescrito por el Estado de Massachusetts (33 años después de haber sido condenado), ello debido a que el principal testigo de la acusación, Joseph Barboza, admitió que había inventado gran parte de su testimonio. Por otra parte, en octubre de 2000, Earl Washington fue indultado del delito de violación y asesinato gracias a la realización de una prueba de ADN que demostró su inocencia³².

En Illinois, 13 condenados a la pena de muerte evitaron su ejecución gracias al sobrescritimiento de sus juicios, lo cual motivó al gobernador George Ryan a declarar una moratoria sobre las ejecuciones en ese Estado y dijo: "Mientras sea gobernador, no habrá más ejecuciones. No puedo pensar en la posibilidad de ejecutar a un inocente"³³. Dadas las consecuencias irreparables del daño, la ejecución de inocentes presumiblemente culpables constituye el peor de los errores judiciales y no sería extraño que dichos errores se cometieran en nuestro país y ya no valdría la frase "¡Usted perdone!" ante el cadáver del que fue condenado a morir injustamente.

3. Costo

Generalmente se piensa que la pena de muerte sólo cuesta el valor de los cartuchos disparados para fusilar o de la sustancia mortal empleada en la inyección o del voltaje utilizado para activar la silla eléctrica. Sin embargo, la pena de muerte requiere un largo y costoso

³¹ http://www.amnestyusa.org/spanish/abolicion/innocence_es.html. También cfr. www.deathpenaltyinfo.org.

³² Cita Informe de Amnistía Internacional y www.deathpenaltyinfo.org. Para el análisis de más casos cfr.: JÄGER, Christian, *La pena de muerte en el sistema de los fines de la pena*, en DÍAZ-ARANDA, E. y otros, *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, esp. ps. 80-81.

³³ http://www.amnestyusa.org/spanish/abolicion/innocence_es.html.

procedimiento judicial cuya finalidad es evitar que sujetos inocentes sean ejecutados, a lo cual se deben sumar los elevados costos de las prisiones en que deben ser recluidos los condenados a la pena capital. En Estados Unidos de América se ha tenido que crear una instancia judicial especial en la que se ventilan exclusivamente casos de pena de muerte. De esta guisa, a las tres instancias a nivel estatal y a las tres a nivel federal se suma una cuarta conformada por funcionarios judiciales altamente especializados cuyos salarios son muy elevados. En Carolina del Norte la ejecución de cada condenado a la pena de muerte cuesta aproximadamente 2.160.000 dólares, mientras que en el Estado de Texas la cantidad asciende a 2.300.000 dólares y en Florida llega a estimarse en 3.200.000 dólares por cada ejecución. En cambio, quien es condenado a cadena perpetua sólo representa una erogación estimada entre 500.000 y 750.000 dólares³⁴. En otras palabras, ¡la imposición de la pena de muerte cuesta cuatro y hasta seis veces más que mantener al delincuente recluido de por vida en prisión!

4. Eficacia

Las estadísticas de algunos países en los que se ha adoptado la pena de muerte muestran que los delitos sancionados con dicha pena se han incrementado; es decir, la previsión de la pena de muerte en las leyes penales no ha conseguido disuadir al delincuente y disminuir la comisión de delitos; por el contrario, el efecto ha sido el incremento de esos delitos, es como si la pena de muerte fuera un aliciente para el delincuente³⁵. En este sentido, en Nueva York "entre 1903 y 1963 después de cada ejecución hubo un aumento de dos asesinatos por mes"³⁶, y en 1962 los Países Bajos señalaron que "la pena de muerte quedó abolida en 1879, y las estadísticas posteriores a ese año comprobaban que los crímenes por los cuales fue aplicada antes de esa fecha no han aumentado"³⁷.

³⁴ Cfr. JÄGER, *La pena de muerte...* cit., esp. ps. 82-83. <http://www.deathpenaltyinfo.org>.
³⁵ En este sentido cfr. el estudio realizado por la Dra. Islas de González Mariscal, apartado II, B), a).
³⁶ JÄGER, *La pena de muerte...* cit., p. 78.
³⁷ Cita en: DE LA BARRERA SOLÓRZANO, Luis, *Sin razón de la pena de*

En nuestro país, el incremento de las penas privativas de libertad no ha conseguido disminuir la comisión de delitos. Así, el delito de secuestro previsto en el artículo 366 del Código Penal Federal se sancionaba con pena de 6 a 40 años de prisión, los cuales se incrementaron de 10 a 40 años con la reforma de 1996³⁸ y desde 1999 se sanciona con pena de 15 a 40 años³⁹, sanción que se ha mantenido en el artículo 164 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal. Asimismo, en el Código Penal del Estado de México el secuestro se sancionaba con pena de 10 a 40 años y después de las reformas de 3 de septiembre de 1999 la pena prevista en el artículo 259 para dicho delito es de 30 a 50 años de prisión. Pese a todo este incremento indiscriminado de penas, de acuerdo con el diagnóstico de Anavis⁴⁰ y al proporcionado por Coparmex en enero de 2003, tanto el Distrito Federal como el Estado de México⁴¹ son los Estados de la República en que se cometen la mayoría de los secuestros y no han disminuido⁴². La razón por la cual el incremento de la pena no tiene como resultado la menor comisión de delitos se encuentra en la expectativa del delincuente, quien parte de la idea de que no será detenido ni sancionado; en otras palabras, la gran impunidad que existe en nuestro país es una de las causas más importantes del incremento de la criminalidad. De esta guisa, lo que anima al delincuente a continuar con su actividad no radica en la cantidad de años de prisión prevista en la ley sino en su falta de aplicación. ¿Por qué se piensa entonces que agravando el castigo de prisión a muerte se podrá reducir la comisión de delitos?

El camino para resolver el problema de la criminalidad radica en erradicar la impunidad y no en disponer en las leyes castigos más severos. En este sentido, en 1993 el titular de la Comisión Nacional

muerte, en *Revista de Derechos Humanos*, N° 13, Sonora, México, Comisión Estatal

³⁸ Diario Oficial de la Federación de 13 de mayo de 1996.

³⁹ Diario Oficial de la Federación de 17 de mayo de 1999.

⁴⁰ JIMÉNEZ ORNELAS, René e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga,

El secuestro, problemas sociales y jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de

la UNAM, México, 2002, p. 39.

⁴¹ El 53% de los secuestros acaecidos en la República Mexicana se han verificado

en el Distrito Federal y el 16,9% en el Estado de México.

⁴² <http://mx.news.yahoo.com/030122/7/u25d.html>.

⁴³ Cfr. MADRAZO CUELLAR, Jorge, *Historia de la pena de muerte: otro capítulo de Derechos Humanos*, verano de 1996, p. 176.

Estas son sólo algunas de las medidas que nos llevarán a la solución mayor equipamiento y el goce de una remuneración justa.

4) medidas de policía encaminadas hacia una mejor capacitación, paz y armonía, guiada por el respeto, y

3) un programa de educación integral dirigido a la familia y a la sociedad en el cual se fomente la cultura de la convivencia en

2) una adecuada política de los medios masivos de comunicación sustentada en el desarrollo personal y el rechazo a la violencia;

1) La adopción de medidas económicas tendientes a la creación de más empleos y al mejoramiento del nivel económico de la población en general;

La adopción de medidas de política criminal como son:

La solución al incremento de la criminalidad en México se encuentra en la adopción de medidas de política criminal como son:

es ineficaz para disminuir la comisión de delitos.

dena a inocentes, es más costosa que la cadena perpetua y, sobre todo,

discriminación, puede constituir el peor error judicial cuando se con-

un asesino. Por si no fuera ya suficiente, la pena capital reafirma la

el Estado en sus ciudadanos y convierte al Estado que lo practica en

a los derechos humanos por tratarse de una sanción injusta y cruel

ratificados por nuestro país. Además, la pena de muerte es contraria

de derogarse de la Constitución debido a que contraviene los designios

del Constituyente de 1917 y los tratados internacionales suscritos y

Todo lo anterior pone en evidencia que la pena de muerte debe

VI. Conclusión

de Derechos Humanos, Jorge Madrazo Cuellar, rechazó la pena de muerte como medio para combatir la criminalidad y consideró como medios más adecuados el abatir la impunidad, el reforzamiento de la seguridad pública y mecanismos adecuados para conseguir la readap-

tación de delinquentes⁴³.

real del problema, pero su implementación llevará mucho tiempo y los resultados no se podrán observar de inmediato. Por ello es indispensable la adopción de una postura comprometida de los políticos y funcionarios de nuestro país que se refleje en la toma de decisiones encaminadas hacia la solución real del problema y no a la simple búsqueda de votos para ganar un puesto público. Este es el reclamo justo del pueblo que delegó su soberanía en favor del Estado para poder vivir en paz y hacer realidad el pacto social.

VII. Bibliografía

- BECCARIA, Cesare, *De la pena de muerte*, en *Revista Mexicana de Justicia*, N° 1, Nueva Época, enero-marzo de 1993, ps. 9-15.
- DE LA BARRERA SOLÓRZANO, Luis, *Sin razón de la pena de muerte*, en *Revista de Derechos Humanos*, N° 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, ps. 182-183.
- JÄGER, Christian, *La pena de muerte en el sistema de los fines de la pena*, en DÍAZ-ARANDA, E. y otros, *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, ps. 67-86.
- JIMÉNEZ ORNELAS, René A. e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro, problemas sociales y jurídicos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, N° 26, 2002, 134 ps.
- LIEBMAN, James S.; FAGAN, Jeffrey y WEST, Valerie, *A Broken System: Error Rates in Capital Cases*, Columbia Law School, June 2000.
- MADRAZO CUELLAR, Jorge, *Historia de la pena de muerte: otro capítulo más*, en *Revista de Derechos Humanos*, N° 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, ps. 174-176.
- OVALLE FABELA, José, *La pena de muerte*, en *Revista de Derechos Humanos*, N° 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, ps. 180-181.
- PAULI BOLIO, Francisco, *Debates sobre el párrafo tercero del artículo 22 constitucional*, en *Revista de Derechos Humanos*, N° 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, ps. 177-179.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto, *La pena de muerte*, en *Revista de Derechos Humanos*, N° 13, Sonora, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, verano de 1996, ps. 160-173.

Documentos

Amnistía Internacional, *Informes 1999, 2000 y 2001*.

Justice Department, *The Federal Death Penalty System. A Statistical Survey: 1988-2000*, septiembre de 2000.

Periódicos oficiales

Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917, Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la proclamación de la independencia nacional y del cincuentenario de la revolución mexicana, México, 1960, t. II, ps. 323-353.

Medios electrónicos

<http://www.reforma.com/edomex/articulo/270071/>

http://www.el-universal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=48447&tabla=Estados

http://www.el-universal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=121470&tabla=notas

<http://mx.news.yahoo.com/030217/26/wbwl.html>

<http://mx.news.yahoo.com/030217/26/wbwl.html>

<http://mx.news.yahoo.com/030207/7/vd2c.html>

http://www.amnestyusa.org/spanish/abolition/innocence_es.html

<http://www.forumbabel.net/babelt252.htm>

http://www.inegi.gob.mx/estadistica/espanol/sociodem/seguridad/seg_06.html

<http://mx.news.yahoo.com/030122/7/u25d.html>

EL MENOR INFRACTOR, CON ANOMALÍAS O ALTERACIONES PSÍQUICAS, EN EL PROCESO ESPAÑOL

por M^a DEL PILAR MARTÍN RÍOS*

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. El principio acusatorio. III. Manifestaciones del principio de oportunidad. 1. Posibilidad de no apertura del procedimiento. 2. Renuncia del MF a continuar tramitando el expediente. 3. Suspensión condicional de la medida. 4. Modificación y dejación sin efectos de las medidas. 5. La conformidad. 6. Sobreseimiento. IV. La infracción y el rechazo de las medidas terapéuticas. V. La práctica de diligencias acerca de las circunstancias del artículo 20 del CP. VI. Las medidas cautelares. VII. Algunos aspectos de la ejecución. VIII. La responsabilidad civil.

I. Consideraciones generales

La situación del menor infractor incurso en alguna de las circunstancias descritas en el artículo 20¹ del Código Penal español de 1995 (en adelante, CP) aparece tanto consecuencias sustantivas penales como

* Becaría F. P. U. Derecho Procesal, Universidad de Sevilla (España).

¹ Art. 20, CP: "Están exentos de responsabilidad criminal: 1º. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2º. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3º. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad".

especialidades procesales en la causa de que se trate. Ambos aspectos son contemplados en la vigente Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORRPM) 5/2000, de 12 de enero.

En cuanto a la regulación que existe sobre tales supuestos, estimamos que la normativa actual resulta insuficiente y, en ocasiones, poco afortunada. Tal vez la escasa frecuencia con que, en la práctica, se plantean dichas hipótesis³, unida a la carestía de recursos, que frustra y desvirtúa en gran medida la aplicación efectiva de las previsiones teóricas, han contribuido a esta situación.

La LORRPM 5/2000 supuso un cambio radical en el tratamiento que, tradicionalmente, se había venido dispensando al menor infractor. Una de las principales innovaciones la constituyó el hecho de que, por vez primera, se hablara del infractor menor de edad como "responsable penal". Con ello, parecía que —ya desde el mismo enunciado de la Ley— se hubiera querido romper con su situación de imputabilidad. Sin embargo, la ambigüedad con que esta ruptura se ha llevado a cabo no ha hecho sino generar dudas y desconcierto acerca de si puede o no hablarse, en sentido propio, de responsabilidad penal del menor en términos equivalentes a la de los adultos.

Desde la doctrina han surgido voces que cuestionan que el esquema propio de la responsabilidad penal de adultos sea íntegramente trasladable al ámbito de menores³. En el curso de este trabajo trataremos de obviar las elucubraciones puramente dogmáticas acerca de esta y otras cuestiones, atendiendo únicamente a aquellos aspectos que puedan presentar implicaciones prácticas en la materia que nos ocupa.

En el artículo 5º de la LORRPM se establecen las bases de la responsabilidad de los menores conforme a dicha Ley. Así, en su apartado primero se dispone que estarán sujetos a la misma aquellos que cometan algún hecho de los referidos en el artículo 1º (tipificados como delitos o faltas en el CP o en leyes penales especiales) y en quienes no se aprecien causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el CP.

² Especialmente aquellas de mayor gravedad, que conducirían a la aplicación de una eximente completa.

³ Vgr., porque la LORRPM habla en todo momento de "medidas", no de "penas" ni de "medidas de seguridad".

El apartado siguiente del mismo artículo (art. 5.2) establece que “no obstante lo anterior”, a los menores en quienes concurren las circunstancias descritas en los números 1º, 2º y 3º del CP (que son algunas de las que determinan la exención de responsabilidad) le serán aplicables, en caso necesario, las medidas contempladas en la propia LO (concretamente, las del art. 7.1, d, y e)⁴.

De acuerdo con el artículo 9.7º, estas medidas serán las únicas aplicables en caso de apreciarse las circunstancias del artículo 20 del CP. A pesar de la taxatividad en los términos de este precepto —y de la literalidad del artículo 5.2—, hemos de aclarar que es posible la imposición conjunta de estas medidas con otras de distinta naturaleza⁵. Ello sólo sucederá en los casos, ciertamente más frecuentes, en que la anomalía o alteración actúe como eximente incompleta o atenuante analógica, es decir, cuando no posea una entidad tal que anule por completo las facultades intelectiva y volitiva del menor. Así, ante estas hipótesis se opta normalmente por decretar el internamiento del menor en un centro ordinario de reforma y aplicarle conjuntamente, si es necesario, un tratamiento terapéutico adaptado a sus necesidades. En el caso de que el internamiento impuesto lo fuera en régimen cerrado, tendría que recibir dicha atención en el propio centro. De no ser así, podría ser de tipo ambulatorio.

Si bien es cierto que son escasos los supuestos en que la alteración o anomalía psíquica es tan grave que determina la plena exención, del mismo modo es verdad que, ante los casos de su producción, no se dispone de los recursos necesarios para hacerles frente. Apenas existen centros terapéuticos que cuenten con los medios de contención necesarios para lograr la eficacia de la medida impuesta. Tal escasez de recursos materiales y humanos favorece que, en la práctica, la mayoría de los casos de esta naturaleza traten de ser reconducidos a la hipótesis de la semimputabilidad.

⁴ Lo que ha dado lugar a debates doctrinales acerca de la caracterización de dichas medidas como “medidas de seguridad”, al modo de las previstas en el CP.

⁵ Como expresamente permite el art. 7.1, d, y e, LORRPM.

En cuanto a la compatibilidad en el establecimiento de tales medidas y el orden en su cumplimiento, véase mi trabajo *La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas*, en *Anuario de Justicia de Menores*, Nº III, Sevilla, 2003.

⁶ Como ya expusimos en *La situación procesal...* cit.
⁷ Ver, especialmente, el apartado 9 de la Exposición de Motivos de la LORRPM.

En nuestra opinión, ante la constatación indudable de estar el infractor afectado por circunstancias del artículo 20 del CP que deter-

1. Posibilidad de no apertura del procedimiento

A lo largo de todo el articulado de la LORRPM⁷ se encuentran manifestaciones del principio de oportunidad en el proceso de menores, reflejo de los criterios educativos y resocializadores que han de primar en éste.

III. Manifestaciones del principio de oportunidad

No supone este artículo innovación alguna en el seno del proceso penal español. De hecho, dada la remisión que la Disposición Final Primera de la LORRPM hace a la regulación del procedimiento abreviado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) como Derecho supletorio en el proceso de menores, resulta innecesaria su inclusión. En efecto, el artículo 789.3 de la LECrim dispone claramente que "la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones".

de mayor gravedad.
 de acuerdo con la graduación del artículo 7º de la LORRPM, resultara decretar otra medida—por ejemplo, el internamiento terapéutico—que, establecer una duración del mismo que fuera superior a la pedida como concreto tratamiento ambulatorio, al JM le estaría prohibido tanto el terio Fiscal (MF) o por el acusador particular la aplicación de un "acusatorio"⁶, este precepto implicaría que, de solicitarse por el Minis- acerto de que tal prohibición se encuadre bajo el epígrafe "principio que la solicitada por las partes acusadoras. Pese a ser discutible el medida que sea más restrictiva de derechos o de una duración superior con el mismo, al Juez de Menores (JM) le queda vedado imponer una en la elección de medidas que caracteriza a la LORRPM. De acuerdo Contiene el artículo 8º un límite muy importante a la flexibilidad

I. El principio acusatorio

minen su plena exención de responsabilidad, sería injustificado y contrario a los más elementales principios inspiradores de la justicia de menores, obligarle a padecer la tramitación completa de un proceso que, ya desde su inicio, se conoce que culminará con una sentencia absolutoria y, en su caso, con la imposición de medidas que podrían también ser impuestas en jurisdicción distinta de la penal. Sirva como ejemplo de lo que aquí mantenemos la solución arbitrada por la Ley alemana de los Tribunales para la Juventud (Ley de 11-12-84), que contempla la posibilidad de que el internamiento en centro psiquiátrico o de desintoxicación por parte del menor infractor conlleve que la persecución judicial devenga innecesaria.

A pesar de lo dicho, debemos admitir que nuestra tesis⁸ obligaría al perjudicado por el delito a acudir a la vía civil para poder ser satisfecho, lo que supondría quedar sujeto a un régimen más desfavorable. Sin embargo, hemos de matizar que el artículo 18 permite que, cuando el MF desista de incoar expediente por delitos menos graves y sin violencia ni intimidación, la pieza de responsabilidad civil siga tramitándose.

2. *Renuncia del MF a continuar tramitando el expediente*

Para que el MF desista de continuar con la tramitación habrá de atender, además de a los caracteres del delito, a la existencia de conciliación o de reparación. Sin embargo, para que dichos acuerdos se consideren válidos, se precisará que quien participe en ellos cuente con la capacidad necesaria para actuar de modo consciente en el juicio, comprender la acusación formulada contra él y ejercitar el derecho de defensa, por lo que difícilmente un menor incurso en una de las situaciones que aquí analizamos podrá beneficiarse de este régimen.

3. *Suspensión condicional de la medida*

En el artículo 40 de la LORRPM se prevé la posibilidad de suspender la ejecución de la medida impuesta. Sin embargo, y a pesar de no existir en la LO especificación alguna al respecto, estimamos que no es posible su aplicación a las medidas terapéuticas. Teniendo en cuenta

⁸ Que se aparta de la práctica actual.

las especiales características de las mismas, así como los principios que las inspiran, resultaría contraproducente para los menores que su puesta en práctica fuera suspendida⁹.

4. *Modificación y dejación sin efectos de las medidas*

Pese al régimen legalmente dispuesto en los artículos 14 y 51, en la práctica (debido en gran medida a la carencia de recursos especializados que permita dar respuesta a esos supuestos de hecho tan específicos), en el momento en que se aprecia que un menor que se encuentra cumpliendo una medida precisa de atención terapéutica, se trata de hacer frente a esa situación desde el ámbito de protección, sin dictarse una nueva resolución judicial que decrete una medida penal. Lo que se hace es reorientar la medida impuesta en un primer momento para resolver las nuevas necesidades surgidas.

5. *La conformidad*

Seguramente debido a su mayor carácter restrictivo, no se permite en el artículo 32 de la LORRPM que se preste conformidad respecto de la petición de una medida terapéutica de internamiento. De este modo, de ser solicitada la misma, lejos de admitirse que se dictara una sentencia de conformidad "sin más trámite", tendría que acreditarse a lo largo de la audiencia la necesidad de su imposición.

Por el contrario, el artículo 32 contempla la posibilidad de conformarse cuando la medida solicitada fuera el tratamiento ambulatorio. Ello contrasta de modo evidente con el tratamiento que, en el proceso penal de adultos, se otorga a supuestos idénticos. En función del artículo 787.5 de la LECrim, no vincularían al juez las conformidades que recayeran sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal. La Circular de la Fiscalía General del Estado (CFGE) 1/1989, de 8 de marzo, justificaba esta previsión argumentando su congruencia con "la naturaleza de tales medidas", entendiendo que no puede considerarse la conformidad como título suficiente para su imposición "si el juez o Tribunal la considerara innecesaria".

⁹ Lo que realmente favorecería a su supremo interés sería lograr una aplicación lo más ágil posible.

En relación a la conformidad en el proceso de menores, aún hemos de hacer una última consideración, la relativa a la capacidad que se exige para prestarla. Nos encontramos ante un acto procesal en el que el representante legal no puede suplir la eventual falta de capacidad para conformarse que presente el infractor. En el hipotético caso de que las partes no lo hubieran puesto de manifiesto, sería el JM quien debería controlar la validez de la capacidad de consentir del menor.

6. *Sobresesimiento*

Consideramos que el tratamiento genérico que recibe esta materia, tanto en la Ley como en su aplicación práctica, no atiende del modo más adecuado a los intereses del menor que se halla en estas situaciones especiales.

La Disposición Final Primera de la LORRPM dispone la aplicación supletoria al proceso de menores de la regulación del procedimiento abreviado en la LECrim. De este modo, según el artículo 782.1 de la LECrim, no cabría adoptar un sobresesimiento fundado en la exención de responsabilidad criminal. De acuerdo con lo anterior, cuando se aprecien en el menor circunstancias del artículo 20.1º, 2º o 3º del CP, el expediente tendrá que ser tramitado hasta llegar a la sentencia que, en su caso, imponga una medida terapéutica¹⁰. Ello implica que tales circunstancias deberán ser probadas en el seno de la audiencia y que, ante una petición de sobresesimiento basada en una exención de responsabilidad, el procedimiento seguirá su curso. Así, se intentará evitar la limitación de garantías que supondría el que un sobresesimiento motivado por una enajenación imputada al imputado defienda su inocencia en el juicio oral. Además, se garantiza que la imposición de medidas se lleve a cabo mediante sentencia (satisfaciéndose así el principio de legalidad plasmado en el art. 43.1, LORRPM)¹¹ posterior a la celebración de una audiencia en la que se pueda discutir su necesidad. No obstante todo lo anterior, insistimos en la línea que ya hemos apuntado, entendiendo que carece de sentido –y, sobre todo, perjudica a los intereses del menor– el continuar con el proceso regulado en la

¹⁰ Así se dice expresamente también en el art. 29, LORRPM.

¹¹ Así como en los arts. 1.1 y 3, CP.

¹² En los casos en que la exención plena de responsabilidad ha quedado ya acreditada a resultados de las diligencias de investigación practicadas y del informe preceptivo del Equipo Técnico (al que podrán acompañarse, para mayor seguridad, informes forenses de personal especializado).

¹³ Concretamente, el art. 50.1 sería de aplicación para el caso del internamiento y el art. 50.2 para el tratamiento ambulatorio.

Por el contrario, ante la infracción de las mismas medidas adoptadas como respuesta a una adicción a determinadas sustancias (para cuya

niéndose una medida similar a la infringida.

o alteración psíquica, sólo se prevén respuestas "coactivas"¹³, im-

namiento o de un tratamiento acordado a consecuencia de una anomalía

Si siguiendo este esquema, en caso de quebrantamiento de un inter-

cuencia lógica de la misma naturaleza de la patología.

En este último caso, la omisión del consentimiento sería una conse-

ambulatorio obedezcan exclusivamente a alteraciones de tipo psíquico.

En cambio, se prescinde de ella cuando el internamiento o el tratamiento

sujeto a tratamientos de desintoxicación o deshabituación de sustancias.

se prevé que se tenga en cuenta la voluntad del menor cuando sea

En los apartados d, y e, del artículo 7.1 de la LORRPM únicamente

IV. La infracción y el rechazo de las medidas terapéuticas

En la actualidad, la actuación del MF se guía esencialmente por

consideraciones acerca de las circunstancias y gravedad de los hechos

cometidos que, si bien halla plena justificación ante supuestos de es-

pecial gravedad, entendemos erróneamente aplicado ante casos de nimia

importancia.

a un proceso.

es el de tratar de evitar, siempre que sea posible, que aquel sea sometido

con una sentencia—contraviene el espíritu esencial de la norma, que

de que el menor posea capacidad—con el objeto de concluir el proceso

resolver este tipo de situaciones. Sostenemos que el recurso a la ficción

civil como la administrativa disponen de recursos suficientes para re-

ser idénticamente adoptados en el ámbito civil. Tanto la normativa

el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio, que pueden

LORRPM¹² con el único fin de aplicar en sentencia una medida, como

aplicación, como dijimos, fue preciso el consentimiento del menor), las interpretaciones doctrinales son variadas. En primer lugar, algunos sostienen —ex artículo 51 de la LORRPM— que se aplicaría otra que tuviera en cuenta sus circunstancias. Por el contrario, también se mantiene que, si se entiende (con apoyo en el art. 5º, LORRPM) que la apreciación en el menor de circunstancias del artículo 20 del CP determina su exención de responsabilidad, sería imposible aplicarle una medida de las previstas, con carácter penal, en la LORRPM. Además, de acuerdo con los artículos 5.2 y 9.7º, no sería posible aplicar en estos casos ninguna diferente de las del artículo 7.1, d, y e. Según esta última tesis, la única solución posible sería dictar sentencia absolutoria y dejar en libertad al menor.

La falta de coordinación del articulado y la carencia de un Reglamento que aclare este y otros extremos desembocan en un estado de confusión en el que cualquier argumentación puede tener cabida. Como se observa, la situación resultante es compleja: ¿qué hacer ante la tesitura, ciertamente excepcional, de que un menor, que haya llevado a cabo un comportamiento de gravedad evidente, presente (en el momento de su comisión) un grado de intoxicación tal que lo exima plenamente de responsabilidad? Ante su probable negativa a seguir tratamiento de deshabituación alguno, ¿qué solución cabría? De seguir la tesis expuesta en segundo lugar, no habría más remedio que decretar su libertad.

V. La práctica de diligencias acerca de las circunstancias del artículo 20 del CP

En la fase de instrucción (dirigida en este proceso por el MF) las diligencias se realizan restrictivamente. Debido a esto, es posible que se deniegue la práctica de algunas de ellas por entender el MF que suponen una repetición de otras ya realizadas.

Sin embargo, cuando hablamos de diligencias tendientes a la constatación de la concurrencia de circunstancias del artículo 20 del CP¹⁴, hemos de destacar el importante papel que juega el transcurso del

¹⁴ Según el art. 25, d —de modo injustificado, a nuestro entender—, el acusador particular no podrá proponer diligencias relativas a la situación psicológica del menor.

en el mismo. En su virtud, respondería al modelo de solicitud de parte y su adopción precisaría de una audiencia contradictoria.

A nuestro juicio, la otra medida terapéutica descrita en el artículo 7.1, el tratamiento ambulatorio, no sería susceptible de aplicación cautelar, puesto que, a diferencia del internamiento terapéutico¹⁵, sólo se prevé su aplicación definitiva. A pesar de lo anterior, no podemos ignorar que nuestra interpretación precisa de matizaciones. En primer lugar, las características propias de toda medida cautelar determinan que éstas respondan a un problema concreto y urgente que no pueda demorarse hasta el momento de recaer la sentencia. Por ello, sostenemos que no cabría aplicar como medida cautelar el sometimiento del menor a un tratamiento de deshabituación o desintoxicación de sustancias sino, únicamente, en su caso, la sujeción a un tratamiento para solucionar una concreta y puntual situación a que ese problema ha conducido, no para tratar la adicción en sí (para cuyo fin podrá adoptarse en sentencia).

Las medidas a que alude el artículo 29 habrán de registrarse —como el propio precepto señala— por la normativa civil, debiendo ser impuestas por el juez de 1ª Instancia competente. De acuerdo con los artículos 762 de la LECrim y 158 *in fine* del Código Civil (que suponen normativa civil aplicable en este punto), cabría que el internamiento en un centro de naturaleza terapéutica fuera decretado también de oficio, en el seno de un proceso civil de incapacitación o, incluso (art. 762.1 y 2, LECrim), antes de iniciarse éste. En estos casos, el juez civil obrará de modo independiente respecto del JM, pudiendo disponer el ingreso del menor en un centro para recibir atención psíquica durante o tras la tramitación de la causa penal.

Asimismo, el considerar incluido el internamiento terapéutico en la genérica mención del artículo 28 ("internamiento en centros en el régimen adecuado") conlleva algunas dificultades. Estas derivan de la difícil compatibilización de dicha medida con dos menciones contadas en el citado artículo. Así, en primer lugar, el número 2 del mismo establece que para adoptar la medida cautelar de internamiento se aten-

¹⁵ Cuya aplicación cautelar se prevé sólo implícitamente, al referirse el art. 28.1 al internamiento "en el régimen adecuado".

dera "a la gravedad de los hechos, su repercusión y a la alarma social producida", circunstancias todas ellas que resultan de difícil encuadre cuando hablamos de criterios a valorar en la aplicación de una medida cautelar terapéutica, cuyo fin no sería el de actuar como medio as-
gurativo del expediente.

Sin embargo, por otra parte también nos resulta poco adecuado el tener que atender a circunstancias personales (art. 28.2) del menor, como sería su situación mental, para decretar una medida privativa de libertad de carácter penal. En la práctica, el MF valora tanto las cir-
cunstancias personales del menor como las objetivas que se aprecian en el hecho enjuiciado y, de acuerdo con ello, insta una medida cautelar penal al JM o una medida civil de protección y custodia al Juez de
1ª Instancia.

Del mismo modo, y en segundo lugar, el número 5 del artículo 28 dispone que "el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer". Pese a la claridad del precepto y a la inclusión del internamiento terapéutico cautelar, como dijimos, en el elenco de medidas a que se refiere el artículo 28¹⁶, no puede dejar de sorpren-
dernos la extraña compatibilización de este inciso con los fines pre-
dicables de las medidas de tipo terapéutico. Si en sentencia se ha decretado un internamiento terapéutico de una duración determinada atendiendo a las especiales necesidades del menor, ¿qué sentido tendría reducir la duración de esa medida, ya impuesta definitivamente, en función del tratamiento ya recibido? No se trata en este caso de com-
pensar¹⁷ el reproche que ya haya sufrido durante el tiempo que duró el internamiento cautelar, pues no fue éste el fin a que respondió la medida terapéutica impuesta. En definitiva, de aplicarse esta previsión se estaría actuando de modo contrario al beneficio del menor, cuando lo que redundaría en su efectivo provecho sería el velar por la pro-
longación del tratamiento hasta el momento en que dejara de ser necesario.

¹⁶ Lo que conduciría a aplicar también esta mención al internamiento terapéutico cautelar, pues, donde la ley no distingue, no cabe distinguir.
¹⁷ Compensación que si está justificada cuando se trata de medidas de naturaleza diferente a la terapéutica.

VII. Algunos aspectos de la ejecución

Para poder llevar a cabo un seguimiento de la evolución personal del menor, el artículo 44.2, d, de la LORRPM establece que el JM recibirá periódicamente informes acerca de la ejecución de la medida. Sin embargo, hemos de hacer constar cómo, de nuevo, la aplicación real diverge de los enunciados teóricos.

Algunos aspectos de la ejecución son discutidos por parte de la doctrina. A esta situación contribuye la carencia, cuatro años después de la promulgación de la LORRPM, de un Reglamento que aclare convenientemente las disposiciones de la Ley. En la actualidad, únicamente se cuenta con un Proyecto de Reglamento que data de junio de 2002 y que, más que desarrollar, reitera lo dispuesto por la Ley. Ante la falta de concreción de la LO, únicamente podemos elucubrar acerca de si el artículo 7.2, que regula el cumplimiento de las medidas de internamiento, distinguiendo dos periodos (siendo el segundo de ellos de libertad vigilada), es o no aplicable al internamiento terapéutico.

VIII. La responsabilidad civil

El artículo 61.3 de la LORRPM supone un importante cambio en el tratamiento dispensado a la responsabilidad civil derivada de hechos cometidos por menores¹⁸. En general, todo el Título VIII de la LORRPM sigue esa línea innovadora. Determina el artículo 61 que la responsabilidad civil se exija, juntamente con la penal, en el mismo expediente, tramitándose en pieza separada cada hecho imputado.

Por su parte, en el artículo 61.3 se establece, en atención a la protección de los intereses de la víctima¹⁹, la responsabilidad solidaria, objetiva y directa de los padres o representantes legales del menor infractor.

Trasladándonos al ámbito que aquí interesa, hemos de compatibilizar lo dispuesto en el articulado del Título VIII de la LORRPM con las

¹⁸ En la Exposición de Motivos de la LORRPM, apartado 8, se califica al principio de responsabilidad que contiene como "en cierto modo revolucionario".

¹⁹ Intereses que en la práctica eran sistemáticamente conculcados, ante la habitual insolencia de los menores responsables de los hechos.

²⁰ Al que se remite el art. 62, LORRPM para la determinación de la extensión de la responsabilidad civil.

Actualidad

mentiones al respecto del CP²⁰. De este modo, de acuerdo con los artículos 118 y 119 del CP, la exención de responsabilidad criminal a causa del juego del artículo 20 del CP no comportaría la de la responsabilidad civil. En su virtud, podría condenarse en la pieza separada de responsabilidad civil pese a haber recaído sentencia absolutoria en el procedimiento penal. En este punto, surge la duda de si dicha responsabilidad habría de determinarse conforme al artículo 61.1 de la LORRPM o en función del artículo 118 del CP. Surgen argumentos a favor tanto de una como de otra postura. Por nuestra parte, entendemos que se otorgaría una mayor protección a las víctimas, al objetivarse la responsabilidad de los guardadores, si optáramos por acudir al artículo 61.1. En cambio, de considerarse aplicable el artículo 118, las personas que ostentarán la potestad o guarda de los menores únicamente responderían si se probase su culpa o negligencia.

NOTAS SOBRE LA VIDA Y LA OBRA CIENTÍFICA DEL PROFESOR EBERHARD SCHMIDHÄUSER (1920-2002)

por MIGUEL POLAINO-ORTS*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos datos biográficos sobre su vida y su carrera universitaria. III. Notas sobre la obra del profesor Schmidhäuser. A) Breve referencia al estilo. B) Su obra dogmática. 1. Visión general. 2. Fundamentos del Derecho Penal: teoría diferenciadora de la pena. a) Introducción. b) Concepto, fin y sentido de la pena. c) Justificación y legitimación de la pena. d) El sentido de la pena en las diferentes instancias del fenómeno punitivo. 3. Derecho Penal. Parte general. a) Ex- posiciones generales: *Tratado y Manual*. b) Problemas específicos de la Parte general: en concreto la fundamentación del injusto. 4. Derecho Penal. Parte especial. 5. Literatura y Ciencia del Derecho. IV. Anotación final.

I. Introducción

Tras una fecunda vida consagrada a la docencia y a la investigación jurídico-penal, el 6 de marzo de 2002 falleció en Hamburgo, a los 81 años, el profesor doctor Eberhard Schmidhäuser, catedrático jubilado de Derecho Penal en aquella Universidad y uno de los pensadores más refinados, originales, lúcidos y destacados de la Alemania contemporánea. En estas rápidas líneas pretendemos realizar una breve semblanza sobre su vida y su obra científica, en esta hora triste de su muerte. Con ellas pretendemos, a más de recordar a esta señera figura recién-temente desaparecida, acercar su obra al lector de habla española y reivindicar la originalidad de su producción científica.

* Investigador en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Alemania.

II. Algunos datos biográficos sobre su vida y su carrera universitaria

Nacido en Stuttgart el 10 de octubre de 1920, desde niño tuvo

contacto con el mundo penitenciario, al criarse en la cárcel de Heilbronn a N. (cercana a su ciudad natal), de la que su padre, Hermann Schmidhäuser¹, fuera director entre los años 1924 y 1945². Este contacto directo con la vida penitenciaria y con la realidad de la pena condicional, le suscitó una marcada predilección por el estudio de la Ciencia del Derecho, a la que consagraría toda su vida. Tras resultar gravemente herido en la Segunda Guerra Mundial (mutilado de guerra en el horror de ese conflicto bélico), realiza con brillantez y aprovechamiento los estudios de Derecho entre 1942 y 1946 en las Universidades de Straßburg, Freiburg y Tübingen, obteniendo a su finalización el puesto de juez para causas civiles y penales en la Audiencia Provincial (Landgericht) de Stuttgart, cargo que desempeñó desde 1949 hasta finales de 1952, y que le facilitó un conocimiento de primera mano de la dura realidad social de su época y un contacto con la práctica judicial que desataría un interés por la praxis forense que no le abandonaría en su quehacer docente ni en ninguno de sus muchos estudios teórico-dogmáticos posteriores.

Una vez superados sus primeros avatares profesionales, decide abandonar el ejercicio de la judicatura para dedicarse de lleno a la docencia

¹ Hermann Schmidhäuser fue autor, por cierto, de varios trabajos sobre el tema de la criminalidad de menores y la práctica penitenciaria. Vid., entre ellos, SCHMIDHÄUSER, Hermann, *Zur Frage des Jugendstrafrechts und des Strafvollzugs an Jugendlichen*, ps. 257-286 (con respuesta crítica a cargo del profesor de Medicina VILLINGER, Werner, *Zur Erneuerung des Jugendstrafrechts und des Strafvollzugs an Jugendlichen*, insbesondere zur Frage des Jugendstrafrechts, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 30. Jahrgang, 1939, ps. 305-311 y contraréplica del propio Schmidhäuser, H., *Nochmals zur Frage des Jugendstrafrechts, en Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 30. Jahrgang, Heft 11/12, 1939, ps. 488-489); GREGOR, Adalbert/SCHMIDHÄUSER, Hermann, *Zur Frage der Beurteilung jugendlicher Schwerverbrecher, en Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 32. Jahrgang, Heft 9/10, 1941, ps. 265-283.

² Según reza la dedicatoria a su memoria, contenida en el escrito de habilitación de su hijo (ob. cit. en nota 4).

y a la investigación en el ámbito del Derecho Penal. Discípulo y colaborador de los profesores Eduard Kern y Wilhelm Gallas, desempeñó labores de asistente en la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Tübingen entre 1953 y 1955. En este último año concluyó en dicha Universidad su sugerente y renovadora investigación sobre el interesante tema dogmático —desarrollado a propuesta de Gallas³— *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*⁴, que sería su escrito de habilitación para las Cátedras de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Civil. Esta relevante obra aparecería publicada como libro en 1958, y fue saludada por Karl Engisch como una de las mejores aportaciones en la Ciencia alemana de esos años⁵, calificada por Hans Schultz como un “sugestivo trabajo que denota el elevado poder dogmático de su autor”⁶ y valorada por Claus Siebert como un “valioso enriquecimiento de la literatura jurídica, que quizá un día sea calificado como obra que marca una época”⁷.

Después de su estancia como *Privatdozent* en la Universidad de Tübingen durante algunos cursos, obtiene la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Göttingen, que desempeñaría entre los años 1959 y 1963, año éste en que se trasladó a la Universidad de Hamburgo,

³ Schmidhäuser, en las palabras preliminares a su colaboración al Libro Homenaje a Gallas, reconoce a este como introductor —junto a Mezger— de la expresión *Gesinnungsmerkmal* y confiesa además que fue el quien le sugirió el tema de su habilitación sobre *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Vid. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, herausgegeben von Karl Lackner/Heinz Lefrenz/Eberhard Schmid/Jürgen Welp und Ernst-Amadeus Wolff, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, ps. 81-97 (81).

⁴ Vid. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958, XVI + 276 ps.

⁵ ENGISCH, Karl, *Literatur: Schmidhäuser, Eberhard: "Gesinnungsmerkmale im Strafrecht"*, Tübingen: Mohr (Siebeck). 1958, en *Juristenzeitung*, Nr. 22, 20, November 1959, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, ps. 734-736 (736).

⁶ SCHULTZ, Hans, *Literaturanzeiger, Bibliographie: Eberhard Schmidhäuser, "Gesinnungsmerkmale im Strafrecht"*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 73. Jahrgang, 3/1958, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1958, ps. 316-320 (320).

⁷ SEIBERT, Claus, *Eberhard Schmidhäuser, "Gesinnungsmerkmale im Strafrecht"*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958, en *Monatsschrift für deutsches Recht*, 12. Jahrgang, 6/1958, ps. 457 y ss.

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Recensión de Schmidhäuser, Eberhard: "Straf-recht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch" (Derecho Penal. Parte general, Tratado), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, XXXV + 717 ps., en ADPCP, t. XXIII, fasc. II, Madrid, mayo-agosto de 1970, ps. 527 y ss. (527).*

En sus trabajos acompaña la perfección en el tratamiento del as-
pecto material de las cuestiones, que ciertamente sometía a su exhaus-
tivo análisis, con un detallismo por cuestiones meramente formales,
de "etiquetas" o de denominación que, en ocasiones, puede parecer
exagerado. Quizá por ello se haya escrito en nuestra doctrina, a pro-
pósito de la primera edición de la Parte general de su *Tratado*, que
Schmidhäuser "muestra una marcada inclinación a introducir nombres
nuevos para sustituir a los consagrados"⁸ y, en consecuencia, aunque
se reconociera que "por supuesto, a veces tiene razón Schmidhäuser
cuando se queja de la falta de exactitud de algunos términos tradicio-

inconfundible.
cede a su labor científica un sello único, una impronta personalísima,
acentuada intuición por plantear cuestiones problemáticas nuevas—con-
exposición, pero denotador de un pensamiento clarividente, y de una
innovador a un tiempo, aunque a veces enrevesado o anticuado en su
la doctrina, lo cual—unido a un cautivador estilo personal, castizo e
tratar de hallar soluciones diversas a las hasta entonces ofrecidas en
puestas siempre originales, tenía por norma en su trabajo científico el
crítico impenitente e insubordinable, formulador imperterito de pro-
vadoras del penalismo alemán del siglo XX. Intelectual independiente,
profesor Schmidhäuser constituye una de las más sugerentes y reno-
Creemos no caer en la exageración si afirmamos que la obra del

A) Breve referencia al estilo

III. Notas sobre la obra del profesor Schmidhäuser

donde sería titular de la Cátedra de Derecho Penal, Procesal Penal y
Teoría del Derecho. A esta Universidad está vinculada gran parte de
la vida personal y académica del profesor Schmidhäuser, y en ella el
maestro desarrollaría su más amplia labor docente y científica, incluso
después de su jubilación académica en 1986, hasta nuestros días.

nales", se le haya criticado que al "sustituirlos—cuando todos sabemos lo que esos términos inexactos quieren designar—más que a la clarificación contribuye a aumentar el confusiónismo"¹⁰, concluyéndose que "lo que se gana en exactitud con un concepto más ajustado se pierde con creces en inseguridad terminológica al tratar de desplazar las denominaciones generalmente aceptadas"¹¹.

B) Su obra dogmática

1. *Visión general*

Hombrere independiente y ácrata, se ocupó con especial brillantez en sus investigaciones de diferentes problemas dogmáticos del Derecho Penal (Parte general y Parte especial), y de otros aspectos menos conocidos, pero igualmente atractivos, como la relación entre el Derecho Penal y algunas obras de la Literatura universal. En concreto, puede dividirse su producción científica jurídico-penal, al margen de algunos trabajos sobre Derecho Procesal o de Teoría del Derecho¹², en los siguientes básicos apartados: a) Fundamento del Derecho Penal: Teoría de la pena; b) Derecho Penal, Parte general y, en concreto, doctrinas como la teoría de la acción y la omisión, la fundamentación del injusto típico o el concepto de dolo; c) Derecho Penal, Parte especial, y d) Derecho Penal y Literatura.

En todos estos ámbitos dejó cumplidas muestras con obras peculiaridades, personalísimas, rebosantes de ingenio y de sentido común, y

⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit.

¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit.

¹² Sobre los que no nos podemos ocupar en este lugar. Entre ellos pueden citarse, a modo de ejemplo, SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtstheorie, Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft Berlin*, Heft 18, Walter de Gruyter, Berlin, 1964, 31 ps.; id., *Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, herausgegeben von Paul Bockelmann und Wilhelm Gallas, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1961, ps. 511 y ss.; id., *Über die Praxis der Gerichte, die richterliche Verantwortung in der Strafrechtsanwendung zu verschleiern*, en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Claus Roxin, in Verbindung mit Hans-Jürgen Bruns und Herbert Jäger, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, ps. 229-238.

no sin un punto de atrevimiento. A continuación pretendemos realizar un rápido bosquejo de sus obras más sobresalientes o destacadas. Como fácilmente puede entenderse, no es éste el lugar más apropiado para llevar a cabo un análisis exhaustivo de las sugerentes y variadas aportaciones de su autor. Ello escapa, pues, de nuestros propósitos y, por ende, de nuestras intenciones. Por esta razón, nos limitaremos a resaltar únicamente algunas opiniones fundamentales del pensamiento schmidhäuseriano. Para otras cuestiones generales, remitimos al estudio de su discípulo Winrich Langer, titulado *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*¹³, en el que estudia con cierto detenimiento algunos aspectos del sistema del profesor Schmidhäuser.

2. Fundamentos del Derecho Penal: teoría diferenciadora de la pena

a) Introducción

Uno de los temas a los que el profesor Schmidhäuser dedicó sus mayores esfuerzos es, sin duda, el de la teoría de la pena, que enriqueció con sugestivas aportaciones y ciertas reflexiones, transidas todas ellas de un cierto escepticismo y de un punto de ironía. En efecto, entre su sobresaliente producción investigadora destacan dos obras científicas concebidas como introducción a los fundamentos del Derecho Penal o consagradas al análisis y desarrollo de la teoría de la pena, dos obras escritas en su —ya madura— juventud que alcanzarían gran difusión entre los estudiosos de su época: en primer lugar, su muy relevante y enjundiosa monografía titulada *Von Sinn der Strafe*¹⁴, publicada en 1963 y ampliada en 1971, en la que desde una perspectiva renovadora desarrolla su concepción de la pena, conocida como “teoría penal diferenciadora”, y, en segundo término, su destacada introducción a la

¹³ Vid. LANGER, Winrich, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*. Eberhard Schmidhäuser zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1990, en GA, 1990, ps. 435-466; véanse también del mismo autor las precisas semblanzas Eberhard Schmidhäuser zum 80. Geburtstag, en NJW, Heft 41, 2000, ps. 3045 y ss., y Eberhard Schmidhäuser f., en NJW, Heft 28, 2002, ps. 2008 y ss.

¹⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Von Sinn der Strafe*, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1963, 92 ps. (2. Aufl., 1971).

asignatura *Einführung in das Strafrecht*¹⁵, del año 1972 y reeditada, convenientemente ampliada y actualizada, en 1984. Además de estas obras básicas fundamentales, se ocupó del tema en las secciones correspondientes de su *Tratado* y de su *Manual* de Parte general, así como en dos trabajos recientes –dos de los últimos que salieron de su pluma–, publicados en 1999 y 2001, y respectivamente titulados *Über Strafe und Generalprävention*¹⁶ y *Aufruf zu intellektueller Redlichkeit*¹⁷.

b) Concepto, fin y sentido de la pena

Como queda apuntado, formula Schmidhäuser en su obra el desarrollo de una teoría de la pena llamada diferenciadora (*Entwicklung einer differenzierenden Straftheorie*)¹⁸, que –a pesar de sus sugerentes planteamientos– ha pasado prácticamente inadvertida en la doctrina de habla española¹⁹. En su escrito *Von Sinn der Strafe* estima el

¹⁵ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Einführung in das Strafrecht*, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1972, 320 ps. (2. neubearbeitete Aufl., Westdeutscher Verlag, 1984, 362 ps.). Esta obra no se ocupa solamente de la teoría de la pena, sino que tiene aspiraciones de exponer, con claros fines pedagógicos (no se dirige sólo a juristas), los fundamentos esenciales de la Dogmática del Derecho Penal. En todo caso, la parte dedicada a la teoría de la pena es imprescindible para comprender el discurso schmidhäuseriano.

¹⁶ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Über Strafe und Generalprävention*, en ZACZYK, Rainer/KÖHLER, Michael (Hrsg.), *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1998, ps. 443-458.

¹⁷ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Aufruf zu intellektueller Redlichkeit*, en *Ethik und Sozialwissenschaften. Streitforum für Erziehungskultur*, Jg. 12/2001, Heft 1, ps. 115 y ss., que constituye una precisa y certera crítica al artículo de SCHNEIDER, Sebastian, *Kritik der strafenden Vernunft*, publicado en el mismo número de la citada revista, ps. 69 y ss.

¹⁸ Vid., por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, ps. 30 y ss., 39 y ss., 69 y ss., y pássim; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Auflage, 1975, 3/15 y ss., ps. 52 y ss.

¹⁹ A salvo de alguna referencia aislada, excepción a esta notoria inadvertencia constituye la precisa referencia a la doctrina generalizadora de Schmidhäuser contenida recientemente en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, 2ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, ps. 171 a 173; también POLAINO NAVARRETE, Miguel,

autor, como punto de partida, que es preciso distinguir, por un lado, entre "concepto" (*Begriff*) e "idea" (*Idee*) de la pena, y, por otro, entre "sentido" (*Sinn*) y "fin" (*Zweck*) de la pena.

1) El concepto de pena es, per se, un concepto amplio que requiere, en el ámbito de la pena criminal estatal, ser precisamente delimitado.

Pena, en sentido amplio, abarca "todo mal que se impone por un injusto cometido" e incluye en su definición tanto la retribución *in malam partem* como la recompensa-retribución *in bonam partem*²⁰. Pero claro que este concepto tan amplio, que comparte caracteres con la venganza individual o de grupo, ha de ser sometido a un proceso de limitación, que intente explicar la dinámica de la pena estatal criminal y, en su caso, intente legitimarla. Esa tarea de legitimación puede conseguirse, a juicio de Schmidhäuser, como veremos a continuación, desde la pre-

vencción general.

2) Por otra parte, el binomio "sentido"/"fin" de la pena, según señala Schmidhäuser²¹, requiere ser nitidamente delimitado, por más que en otros contextos se les conceda idéntico significado:

a) A su juicio, el "sentido" constituye un concepto que "alude al contenido de significado ideal que en un suceso se *experimenta*. Y en concreto, en el ámbito de la pena, se trata de la experiencia de realización de valores éticos. Ello significa que la pregunta sobre el sentido de la pena para los penados es al tiempo la cuestión sobre el derecho a la pena. La pregunta sobre el sentido de la pena puede dirigirse tanto a la *sensibilidad* general (para la Sociedad en su conjunto) como asimismo a la *vivencia de sentido* individual (para los participantes individuales en el fenómeno punitivo)".²²

Derecho Penal. Parte general, t. I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ª ed. totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2001, ps. 128 y ss.

²⁰ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, p. 31; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 2/7, p. 25.

²¹ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, p. 35; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/9, ps. 48 y ss.

²² SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/9, p. 48.

b) A su vez, el profesor Schmidhäuser configura el concepto de "fin" estimando que el mismo "designa los alcances prácticos que representan la meta del actuar humano"²³, al tiempo que distingue entre "conciencia del fin" (*Zweckbewußtsein*) y "finalidad" (*Zweckhaftigkeit*). Por ello, sobre la base de esta distinción categorial, concluye afirmando gráficamente Schmidhäuser que "el sentido se experimenta; el fin se alcanza"²⁴, y que "la cuestión sobre el sentido de un hecho presupone la cuestión sobre sus fines en general"²⁵.

c) *Justificación y legitimación de la pena*

Otra ulterior cuestión a la que presta Schmidhäuser primordial atención en la formulación de su teoría es, como no podía ser menos, la base de que la pena estatal "sirve para la lucha contra el delito" (lo cual supone que el fin de la pena es la lucha contra la criminalidad, que la pena es reacción contra el delito, reacción que ha de ser punición adecuada para luchar contra el crimen), sostiene Schmidhäuser que "el fin alcanzable de la pena sólo puede ser el mantener la comisión de delitos dentro de unos límites, de modo que hagan posible la próspera convivencia en Sociedad"²⁷.

Después de analizar con detenimiento las diferentes teorías de la pena (absolutas, relativas y de la unión), considera Schmidhäuser que no puede desconocerse que todas ellas tienen aspectos parciales verdaderos, que —en ocasiones— son precipitadamente generalizados. El fallo de tales teorías reside, según este autor, en que no diferencian

²³ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/15, p. 52.
²⁴ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/15, p. 52.
²⁵ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/9, p. 49.
²⁶ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/9, p. 48; en igual sentido, ya antes, id., *Von Sinn der Strafe cit.*, 1963, p. 36.
²⁷ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/9, p. 48.

suficientemente: "así, no se diferencia la pena como tal de los diferentes segmentos singulares del completo proceso de la pena, especialmente de la medición de la pena; también la distinción de los [...] conceptos de sentido y fin no se tiene en cuenta"²⁸. Por ello, argumenta Schmidhäuser²⁹ que sólo una pluridimensional *teoría penal diferencial* ciudadana puede ser adecuada o ajustada al fenómeno criminal.

Conforme a su doctrina diferenciadora, sostiene Schmidhäuser que no son rechazables a priori ni la función preventivo-general ni la función preventivo-especial de la sanción penal. Ahora bien, desde el punto de vista legitimador, no puede sostenerse, en su opinión, que la prevención especial justifique la punición penal. Tal función, en algunos de los momentos del fenómeno punitivo (especialmente en el de aplicación de la pena), es incluso trascendental. Pero no por ello puede atribuirse a la errónea consideración de que un tal efecto preventivo pueda legitimar la imposición de sanciones por parte del Estado. Y a dicha conclusión llega Schmidhäuser tras una argumentación formalmente impecable: si hacemos depender la imposición o no de una pena de la mejora o resocialización del delincuente, o —en caso de que el mismo no sea susceptible de mejora— de su guarda o custodia, entonces no penaríamos con frecuencia, siendo así que se hace efectivamente lo contrario³⁰.

Esta acusada insuficiencia no significa, empero, sin más, la conveniencia de erradicar del sistema penal los efectos preventivo-especiales: "los pensamientos de la prevención especial (resocialización o, incluso, primero la socialización) —dice Schmidhäuser³¹— tienen en el seno de la pena estatal su lugar". Lo que sucede es que dicha posición no juega un papel legitimador de la pena, sino que opera como parámetro o criterio, incluso trascendental, para conseguir una mayor adecuación a los fines de justicia.

²⁸ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/14, p. 52.

²⁹ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/14, p. 52.

³⁰ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/17, p. 54.

³¹ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/17, p. 54.

El papel de justificación o legitimación de la pena estatal lo lleva a cabo esencialmente la prevención general, en el pensamiento schmidhäuseriano, para el cual: "toda punición que reaccione adecuadamente, frente a una conducta al mismo tiempo inmoral y punible, genera un efecto sociopedagógico; ella confirma el juicio moral y confirma la vigencia de la norma en la conciencia de la Sociedad"³².

La *ratio* de la punición radica, pues, en cuestiones de prevención general, que confirman la identidad de la norma, y —en consecuencia— la identidad social. Por lo demás, a juicio de Schmidhäuser³³, en esta dinámica punitiva, el sujeto a quien corresponda imponer la pena es tomado como "medio para la consecución de los fines sociales", en el sentido kantiano.

d) *El sentido de la pena en las diferentes instancias del fenómeno punitivo*

Por último, conforme a su sugestiva teoría diferenciadora, lleva a cabo Schmidhäuser un depurado análisis del sentido de la pena en función del diferente estadio, instancia o nivel de que se trate dentro del total proceso punitivo. Así distingue, de un lado, el sentido que se manifiesta en la misma Sociedad y, de otro, el sentido de la pena en los particulares (y dentro de éstos: en el penado, en el juez, en la policía criminal, en el legislador, en los funcionarios de ejecución de la pena, y también en la Sociedad)³⁴. El primero de ellos es un momento objetivado general, mientras que el segundo es subjetivo individual³⁵.

³² SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/16, p. 52. Nótese, en este punto, la semejanza de su planteamiento preventivo-general reafirmador de la vigencia de la norma (*Normgeltung*) con la construcción de Jakobs.

³³ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/19, p. 57; últimamente SCHMIDHÄUSER, *Über Strafe und Generalprävention cit.* (456 y ss.).

³⁴ Ampliamente, SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe cit.*, 1963, ps. 39 y ss., 69 y ss.; resumidamente, id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/18 a 26, ps. 55-58.

³⁵ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 2. Auflage, 1975, 3/18 y 20, ps. 55 y 58.

Por una parte, desde un *sentido objetivo-general*, la pena tiene en la Sociedad el aludido sentido de confirmar la validez de la norma, generando un efecto preventivo, sociopedagógico y combativo de la criminalidad.

Por otro lado, también presenta la pena un *sentido subjetivo-individual*, que Schmidhäuser analiza con minuciosidad en cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo:

a) Para el *legislador* (o personas que, en un sentido amplio, intervengan en el proceso de legislación), la pena cobrará especialmente el sentido de prohibir las lesiones intolerables para la vida en Sociedad, lo cual significa que están obligados a *experienciar*, en dicho *proceso vivencial*, especialmente el valor de la felicidad³⁶.

b) Los *órganos de persecución penal (policía y fiscalía)* deberán tender, por su parte, a esclarecer los casos de criminalidad mayor y a procurar que se mantenga la menor cifra de criminalidad, así como, ante todo, el sentido del mantenimiento de la paz jurídica³⁷.

c) La función del *juez penal* es realizar la idea de la justicia. Por ello, debe, tras una justa valoración de los hechos enjuiciados, resolver el caso guiándose por dichos criterios. En este proceso son trascendentes las exigencias de prevención especial, que juegan un papel en la "conciencia del fin" del juez, que ha de plantearse cuestiones que deciden sobre el futuro penal del sujeto a quien ha de enjuiciar, teniendo en cuenta las peculiaridades del sujeto en cuestión³⁸.

d) Los *funcionarios de ejecución penitenciaria* han de esforzarse en ayudar al penado para que transite por el mejor camino durante su estancia en prisión, y evitar de este modo una desocialización o favorecer en el futuro la eventual reinserción social del sujeto.

³⁶ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, ps. 77 y ss.; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/21, p. 58.

³⁷ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, ps. 76 y ss.; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/22, p. 58.

³⁸ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, ps. 75 y ss.; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/23, ps. 59 y ss.

Este es uno de los puntos centrales de la prevención especial³⁹. Por su parte, para el propio *penado* la pena puede tener también un sentido, aunque a menudo la concipian como carente de tal. Ya que la punición y el sufrimiento del mal penal no dependen de aquél, el mismo puede experimentar, si no una conciencia de fin, si al menos una "vivencia de sentido", como es liberarse de su culpa o reconciliarse con el mundo lesionado⁴⁰.

f) Por último, la misma *Sociedad* puede experimentar un sentido, como es —tras cumplir el penado su condena— el de readmitirlo en su medio, produciéndose una reconciliación con el mismo⁴¹.

3. Derecho Penal. Parte general

a) *Exposiciones generales: "Tratado" y "Manual"*

Sin duda, la mayor fama internacional del profesor Schmidhäuser como insigne configurador de un sistema de Derecho Penal vino de la mano de sus obras generales de la asignatura. En 1970, después de varios años de dedicación exclusiva a esta tarea, da a la luz su *Tratado* completo de la Parte general, bajo el título *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*⁴², y del que aparecería un lustro más tarde una segunda edición ampliada y actualizada conforme a la nueva Parte general del Código Penal alemán. Una década después publica una versión reducida y actualizada de su *Lehrbuch*, un preciso *Manual* de la asignatura, escrito en colaboración con su discípulo Heiner Alwart y publicado con el título *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*⁴³. Estas obras

³⁹ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, ps. 78 y ss.; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/24, p. 60.
⁴⁰ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, ps. 70 y ss.; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/25, p. 60.
⁴¹ SCHMIDHÄUSER, *Von Sinn der Strafe* cit., 1963, ps. 80 y ss.; id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 3/26, p. 60.
⁴² SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, XXXVI + 717 ps. (2. Auflage, 1975, XXVIII + 884 ps.).
⁴³ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, unter Mit. Von Heiner Alwart, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1982, XIV + 490 ps. (2. neubearbeitete Auflage, 1984, XIV + 499 ps.).

generales se completan con la conocida obra de exposición y resolución de casos prácticos, iniciada por su maestro Eduard Kern y continuada por el propio Eberhard Schmidhäuser.

En estas obras generales desarrolla brillante y coherentemente Schmidhäuser una particular *sistemática teleológica* de la teoría del delito, *orientada a las consecuencias* jurídicas del actuar delictivo, continuando un planteamiento ya parcialmente esbozado en algunos trabajos propios anteriores, y que —sobre ser compartido por la sistemática de Roxin⁴⁴, que se muestra heredera en parte de la construcción schmidhäuseriana, según confesara el propio Roxin— se separa de otros planteamientos dogmáticos, como el finalista, al que somete a depurada crítica⁴⁵. En el Prólogo a la primera edición de su *Tratado* afirma Schmidhäuser que “el punto esencial del libro radica en el delito y sus caracteres; pero he intentado repensar o reflexionar novedosamente también sobre el ámbito de las consecuencias jurídico-penales y hacer su significado accesible para los estudiosos”⁴⁶. En todo caso, se trata de un singular libro anómalo, quizá desigual, no uniforme, que contiene

⁴⁴ Cf. ROXIN, Claus, *Ein “neues Bild” des Strafrechtssystems. Zugleich eine*

*Besprechung von Eberhard Schmidhäuser, “Allgemeiner Teil”, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, en ZStW, Band 83, 1971, ps. 369-404; una breve referencia al sistema teleológico-funcionalista de Schmidhäuser también en ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrenstehre, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, § 7/28 (Derecho Penal, Parte general, t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción española de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García-Comillado/Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 205).**

⁴⁵ Además de en diferentes partes de sus obras generales, sobre la herencia del finalismo se ocupó Schmidhäuser en una precisa recensión colectiva de los diferentes manuales y tratados del momento, llegando a la conclusión de que la originaria formulación weizeliana había quedado dispersada en diferentes corrientes de cuño o impronta más o menos finalista, que impedían hablar de una unitaria doctrina, dando lugar a varias teorías con rasgos comunes, pero también con sensibles diferencias entre ellas. Vid. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? — Zugleich eine Besprechung der Lehrbücher zum Allgemeinen Teil des Strafrechts von Blet, Jakobs, Jeschek, Maurach/Zipf und Maurach/Gössel/Zipf, Stra-tenwerth—, en Juristenzeitung, Nr. 3, 41. Jahrgang, 7. Februar 1986, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, ps. 109-116 (116).*

⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch cit.*, 1970, p. III (también en 2. Auflage, 1975, p. IV).

una unilateral exposición de la asignatura, y en el que se intentan conjugar las aspiraciones didácticas con la profundidad dogmática, y en el que resalta ante todo el afán del autor en exponer su particular y brillante opinión sobre los problemas dogmáticos de la Parte general, más que en realizar un acabado análisis expositivo de las diferentes opiniones doctrinales sobre los diferentes grupos de problemas. Ello no quiere decir que no utilice el autor a menudo la confrontación de sus ideas con las de los otros autores (son frecuentes las citas a pie de página en este sentido), sino que la línea directriz de su exposición va encaminada en derecha a esbozar o desarrollar (según las ocasiones) su particular y sugestivo sistema más que a detenerse en repetir lo afirmado por otros autores.

Junto a este peculiar proceder sistemático, es característica de la obra de Schmidhäuser (no sólo específicamente de su magistral *Tratado*) su acentuado interés por llevar la contraria a la doctrina mayoritaria, siendo en no pocos temas defensor de una postura minoritaria o aun aislada. En este sentido, afirmó Gimbernát, en temprana recensión crítica, respecto a la primera edición del *Tratado*, que "la obra de Schmidhäuser recuerda inevitablemente al *Manual* de Hellmuth Mayer: ambos son libros de penalistas que siguen un camino propio y marginado de las corrientes mayoritarias. Precisamente por ello hay que consultarles"⁴⁷.

b) *Problemas específicos de la Parte general: en concreto la fundamentación del injusto*

Además del *Tratado* y del *Manual* (y de la muy precisa exposición contenida en su *Einführung*), consagró Schmidhäuser gran parte de sus trabajos científicos al empeño de desentrañar, plantear y dar una solución—de solito original y no pocas veces incluso plausible— a numerosos problemas de la Parte general del Derecho Penal. Así, pueden citarse, entre sus originarias publicaciones, sus primeros estudios sobre *Arbitrariedad y finalidad como características del injusto en el sistema penal*⁴⁸, del año 1953, en el que polemiza con

⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit., ps. 527 y ss. (528).

⁴⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Willkürlichkeit und Finalität als Un-*

los planteamientos de la teoría finalista de la acción, a la sazón tan en boga, y sobre las *Condiciones objetivas de punibilidad*⁴⁹, datado en 1959.

Representativos exponentes de un pensamiento más maduro y depurado, en la profundización de su particular sistemática teleológica, son sus trabajos dedicados al estudio del *Concepto de dolo y jurisprudencia de conceptos*⁵⁰, de 1968, en el que ya presenta un firme planteamiento de su modelo teleológico; a la *Estructura valorativa del estado de necesidad*⁵¹, de 1970; o a la *Conciencia del injusto y principio de culpabilidad*⁵², de 1975; así como sus varios estudios sobre el delito imprudente⁵³, o su muy precisa y sugerente exposición *Sobre la sistemática del delito*⁵⁴, de 1968, en el que realiza una revisión de la aportación de Radbruch a la luz de la moderna Dogmática jurídico-penal.

rechtsmerkmale im Strafrechtssystem. Zur Auseinandersetzung um die finale Handlungstheorie, en ZStW, Band 66, 1954, ps. 27 y ss.

⁴⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, en ZStW, Band 71, 1959, ps. 545 y ss.

⁵⁰ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, 39 ps. También, del mismo autor, sobre el dolo eventual, el artículo titulado *Zum Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entwurf StGB, Allgemeiner Teil*, 1958, en Goldammer's Archiv für Strafrecht, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1958, ps. 161-181, y sobre el concepto de dolo, asimismo, *Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagsprachegebrauch*, en Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Rolf Dietrich Herzberg, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, ps. 135-161.

⁵¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Über die Wertstruktur der Notwehr*, en Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag am 3. Januar 1970 dargestellt von Freunden und Kollegen, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, ps. 185-199.

⁵² SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz*, en *Neue juristische Wochenschrift*, 28. Jahrgang, Heft 40, 1. Oktober 1975, ps. 1807-1813.

⁵³ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit*, en *Festgabe für Eduard Kern zum 70. Geburtstag am 13. Oktober 1957*, Im Gemeinschaft mit Eberhard Schmidhäuser (et al.), herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1957 (número especial de la revista Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1957), ps. 305-314; id., *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Verlag Otto Schwarz & Co., Göttingen, 1975, ps. 128 y ss.

⁵⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Zur Systematik der Verbrennungslehre. Ein Grund-*

Entre su más reciente producción científica, merecen citarse su estudio crítico sobre la herencia del *concepto final de acción*⁵⁵ (1986), sus opúsculos sobre la *actio libera in causa*⁵⁶ (1992), sobre el *dominio del hecho*⁵⁷ (1993) y sobre la forma y el contenido de las leyes penales⁵⁸ (1988), así como su trabajo sobre los *destinatarios de la norma*⁵⁹ (1989), estos dos últimos estudios en sonada polémica con Hoerster⁶⁰.

Pero quizá los temas más centrales de la Parte general, a los que Schmidhäuser dedicara sus detenidas reflexiones en varios estudios, sean la fundamentación del injusto típico (y dentro de ella, la relación entre injusto y culpabilidad, la exigencia de características subjetivas

thema Radbruchs aus der Sicht der neueren Strafrechtsdogmatik, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1968, ps. 268 y ss.

⁵⁵ SCHMIDHÄUSER, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?... cit., ps. 109-116.

⁵⁶ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Die "actio libera in causa": ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, In Kommission beim Verlag Vandenhoeck & Ruprecht-Göttingen, Hamburg, 1992, 72 ps.

⁵⁷ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Tatherrschaft als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Siree und Johannes Wessels zum Geburtstag*, in Verbindung mit Friedrich Dencker/Klaus Marxen/Hans Joachim Schneider/Heribert Schumann/Eberhard Struensee/Thomas Vormbaum, herausgegeben von Wilfried Küper und Jürgen Weip, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, ps. 343-363.

⁵⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Veröffentlichung der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften Hamburg, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht-Göttingen, 1988, 62 ps.

⁵⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht*, en *Juristenzeitung*, Nr. 9, 44. Jahrgang, 5. Mai 1989, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, ps. 419-425 (este trabajo constituye una réplica a la crítica de Hoerster citada en la nota siguiente).

⁶⁰ HOERSTER, Norbert, *Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral*, en *Juristenzeitung*, Nr. 1, 44. Jahrgang, 13. Januar 1989, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, ps. 10-12 (nota crítica al opusculo *Form und Gehalt der Strafgesetze* de Schmidhäuser citado en la nota 59). *JZ*, 1989, ps. 10 y ss.; id., *Wer macht sich Illusionen?*, en *Juristenzeitung*, Nr. 9, 44. Jahrgang, 5. Mai 1989, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, ps. 425-427 (contraréplica al trabajo de Schmidhäuser citado en la nota anterior).

en el concepto de injusto y la delimitación del bien jurídico de su objeto)⁶¹, así como la teoría de la acción y la omisión penales⁶².

Es bien sabido que, en su ya mencionado escrito de habilitación, dedicado en principio a un tema concreto de la Dogmática del delito, cual es el de las características subjetivas del actuar antijurídico, Schmidhäuser había planteado sugerentemente temas de mayor envergadura y más alto alcance. En concreto, el análisis de dos interesantes cuestiones político-criminales, muy relacionadas con el tema objeto de estudio, a saber: en primer lugar, la eventual compatibilidad de los elementos subjetivos o caracteres anímicos (*Gesinnungsmerkmale*) con un "represivo Derecho Penal de autor" (*reprersives Täterstrafrecht*) o con un "Derecho Penal del hecho" (*Tatstrafrecht*), y, en segundo término, la cuestión de la distinción entre injusto y culpabilidad.

1) En relación a la primera cuestión, plantea la diatriba entre "Derecho Penal de hecho" y "Derecho Penal de autor (o del ánimo o de la voluntad)"⁶³, en relación a los elementos o características anímicas del sujeto, y la conecta con la llamada "culpabilidad por el carácter" (*Charaktererschuld*)⁶⁴. Por un lado, no desecha Schmidhäuser la importancia del carácter del sujeto en la valoración o determinación de la relevancia del acto típico, sino que antes bien le concede un papel de ayuda. Carácter y acto del autor no pueden, pues, segregarse entre sí. En este contexto, sostiene que *el hecho individualizado no es fundamento*

⁶¹ Así, pueden citarse, entre otros trabajos, además del *Tratado y del Manual*, su ya mencionado escrito de habilitación titulado *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., 1958, y su interesante estudio intitulado *Der Unrechtsstaatsbestand*, en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, ps. 433-455.

⁶² Entre las obras de Schmidhäuser dedicadas a esta problemática pueden citarse: *Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht: Terminologie und Begriffe*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, herausgegeben von Gerhard Dornseif-Fer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Wolfgang Schöne/Eberhard Struensee/Dietrich Ziefliński, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps. 131-157, y su posterior trabajo titulado *Über Unterlassungsdelikte-Terminologie und Begriffe*, en *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, herausgegeben von Guido Britz/Heike Jung/Heinz Konath/Egon Müller, C. H. Beck'sche Verlagsgesellschaft, München, 2001, ps. 761-781.

⁶³ Sobre este tema volvería Schmidhäuser en un estudio posterior titulado *Gesinnungsmerkmale und Gestinnungsstrafrecht* cit., 1973, ps. 81-97.

⁶⁴ Vid. SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., ps. 116 y ss.

de valoración del carácter, sino al revés, el carácter es fundamento valorativo del hecho del autor⁶⁵: "los estudios del carácter son sólo un medio de ayuda siempre limitado para la comprensión de la motivación en el caso concreto"⁶⁶. Pero, sentadas estas premisas, considera Schmidhäuser que "lo que designamos como autor es nada más que lo que como actos suyos conocemos", y —en consecuencia— autor es "sólo el conjunto de sus actos"⁶⁷. La decantación por un sistema de Derecho Penal de hecho, así como el rechazo a un sistema subjetivista de autor, de carácter o de ánimo, son —pues— postulados paladinamente claros en la construcción schmidhäuseriana de la Dogmática jurídico-penal.

2) En lo que concierne a la segunda cuestión (la relativa a la conexión entre injusto y culpabilidad), también llega Schmidhäuser a conclusiones sugerentes, apartadas del discurso general. Este autor se pregunta "si las características del ánimo pertenecen al injusto o a la culpabilidad"⁶⁸ y, a este respecto, considera que la respuesta a esta cuestión codeterminará el contenido material de dichas características. Tras someter a crítica a las principales concepciones existentes en torno a la fundamentación del injusto (en concreto, las posiciones doctrinales de Hellmuth Mayer, de Edmund Mezger y de Hans Weizel), considera Schmidhäuser necesario distinguir entre "injusto" y "elementos o características del injusto", de un lado, y "culpabilidad" y "elementos o características de la culpabilidad", de otro, desarrollando de este modo su concepción particular sobre este tema⁶⁹:

- *Injusto* es "la contravención de deberes ético-sociales tipificada en la ley penal".
- *Características o elementos del injusto* son "aquellas características del concreto tipo legal que permiten reconocer qué deber ético-social ha sido estatualmente reconocido y qué prohibición ha debido ser infringida para que entre en consideración la pena como consecuencia jurídica"⁷⁰.

⁶⁵ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., ps. 127 y ss.
⁶⁶ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., p. 128.
⁶⁷ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., ps. 134 y ss.
⁶⁸ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., p. 138.
⁶⁹ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., ps. 156 y ss.
⁷⁰ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., ps. 167 y ss.

- *Culpabilidad* indica el carácter antijurídico del autor, el cual es fundamentado siempre -de acuerdo con un Derecho Penal de acto- en una conducta voluntaria antijurídica, que se revela como portadora de carácter ética y espiritualmente reproachable, y que resulta susceptible de experimentación en el entender psicológico y espiritual humano. Presupuesto de la acción culpable es el hecho de que el sujeto haya sabido o debido saber lo que hizo, además de que fuera antijurídico lo que realizó⁷¹.

- Características o elementos de la culpabilidad son aquellos momentos "en cuya esencia experimentamos, en el caso concreto y bajo presupuesto de un acto antijurídico, el carácter antijurídico del autor en un modo de comprensión espiritual"⁷².

Principal consecuencia de estas sugestivas conclusiones dogmáticas es que, a diferencia de la idea tradicional (procedente del sistema de cotonómico de Franz von Liszt y Ernst Beling), ya no pueden conceptuarse el *injusto* y la *culpabilidad* como la parte objetiva y subjetiva del acto (como en Hellmuth Mayer), ni considerarse -a diferencia de Edmund Mezger- los elementos subjetivos del *injusto* como una excepción a la separación entre la parte objetiva y subjetiva del acto, en tanto que el juicio de culpabilidad no se presenta como un juicio de desvalor accesorio al juicio de antijuridicidad, sino que, antes bien, *injusto* y culpabilidad están fundamentados en dos hechos diferentes, a saber: la "conducta voluntaria injusta" (*unrechtmäßiges Willensverhalten*) y el "carácter antijurídico (del autor)" (*unrechthliche Gesinnung*)⁷³.

Lo objetivo y lo subjetivo, pues, en la construcción schmidhäuseriana, van de la mano, no pudiéndose establecer una nítida separación entre ambos mundos. Precisamente por ello, criticaba Schmidhäuser⁷⁴, con razón, la tradicional distinción entre un supuesto "tipo objetivo"

⁷¹ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., p. 177.

⁷² SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., p. 178.

⁷³ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* cit., ps. 186 y ss.

⁷⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, "Objektiver und subjektiver Tatbestand": eine verfehlte Unterscheidung, en *Lebendiges Strafrecht. Festschrift für Hans Schütz zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von Hans Walder/Stefan Trechsel, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1977, ps. 61-71.

y un pretendido "tipo subjetivo" en el delito: tipo (de delito) no hay más que uno, y cualquier intento de distinción con base al presupuesto del dicotómico criterio objetivo-subjetivo es arbitrario⁷⁵.

Por último, en relación a la fundamentación del injusto en el sistema schmidhäuseriano, debe aludirse, siquiera brevemente, a la cuestión del bien jurídico. Como ha señalado reiteradamente algún especialista del tema⁷⁶, la originalidad de la aportación del profesor Schmidhäuser resulta, de nuevo en este punto, clarividente, introduciendo nuevas categorías científicas que alientan el debate y que no han resultado desconocidas por la Dogmática penal en lengua española, donde han sido acogidas y matizadas por el profesor Torio López⁷⁷.

En efecto, Schmidhäuser⁷⁸ distingue, en su *Tratado*, con gran precisión, tres categorías dogmáticas relacionadas, íntimamente unidas, pero diferentes entre sí y que requieren, pues, de una nítida delimitación: "bien jurídico", "objeto del bien jurídico" y "objeto de la acción". — El *bien jurídico* indica el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, por ejemplo la vida humana. En el seno del concepto de bien jurídico, señala Schmidhäuser que dichos bienes pueden ser analizados desde dos perspectivas diferentes: una real

⁷⁵ En este sentido, también, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código Penal de 1995*, en CERREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo F.; BERISTAIN IPINA, Antonio y ROMEO CASABONA, Carlos M., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torio López*, Granada, 1999, ps. 879-912 (882); id., *Derecho Penal. Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000, vol. I.

⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, Nº 19, Sevilla, 1974, ps. 63 y ss. (con consideraciones críticas en ps. 65 y ss.); id., *El injusto típico en la teoría del delito*, presentación de Jorge Eduardo Buompadre, Prólogo de Edgardo Alberto Donna, Mave, Corrientes, 2000, p. 326; id., *Derecho Penal. Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito* cit., vol. I, ps. 560 y ss., y 589 a 593.

⁷⁷ TORIO, Ángel, *Aspectos de la omisión especial de socorro* (Art. 7º, Ley 122/62), en *ADPCP*, t. XX, fascs. I y II, Madrid, 1967, p. 590.

⁷⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *Lehrbuch* cit., 1970, ps. 37 y ss. En algún trabajo anterior todavía identificaba, o distinguía paladinamente, los conceptos "bien jurídico" y "objeto del hecho". Vid. id., *Der Unrechtheitsbestand* cit., ps. 433-455 (444).

y otra ideal. La primera se centra en el contenido material o estado fáctico (*Sachverhalt*), mientras la segunda lo hace en la "pretensión de observancia o de respeto" (*Achtungsanspruch*)⁷⁹. — El *objeto del bien jurídico* es el singular y concreto objeto conectado con la pretensión del bien jurídico y que puede ser lesionado o puesto en peligro: así, la concreta persona viva, cuya vida lesiona o pone en peligro el delito en cuestión.

— El *objeto de la acción* indica aquella persona o cosa a que se refiere el objeto típico y la conducta material del agente: así, la persona como *blanco* del comportamiento típico.

Por lo demás, Schmidhäuser se muestra en este aspecto como un firme defensor de un "concepto *institucional* de bien jurídico", esto es, como un constructo o instituto jurídico fundamentado en la idea de institución. Esta concepción se muestra en cierto modo complementaria⁸⁰ a la construcción ético-social propuesta por Welzel⁸¹ (con antecedentes significativos en la idea del "mínimo ético" de Rudolph von Ihering y de Georg Jellinek)⁸² y desarrollada por varios autores afines al finalismo⁸³, de protección de valores ético-sociales de acción.

⁷⁹ Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Lehrbuch cit., 2. Auflage,

1975, 2/30, ps. 36 y ss.

⁸⁰ Vid., en este sentido, MÜSSIG, Bernd J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und*

abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Univer-

salrechtsgüter und deren normenethischen Fundament - am Beispiel der Rechtsgut-

bestimmung für die § 129, 129a und 324 StGB, Schriften zum Strafrecht und Straf-

prozessrecht 14, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994, p. 55.

⁸¹ Vid. WELZEL, Hans, *Über den substantiellen Begriff des Strafrechts*, en

Probleme der Strafrechts Erneuerung, Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1944,

ps. 101 y ss., esp. 107; id., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*,

11. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, ps. 4 y ss.

⁸² Vid. JELLINEK, Georg, *Die soziale Bedeutung von Recht, Unrecht und*

Strafe, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1967 (reprografischer Nachdruck

der Ausgabe Wien, 1878), pássim, esp. ps. 56 y ss., 91 y ss.

⁸³ Así, por ejemplo, en Alemania, MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner*

Teil, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1953, ps. 50 y ss. (2. Aufl., W. Kohlhammer

Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, p. 52); STRATENWERTH, Günter, *Straf-*

recht, Allgemeiner Teil, I, *Die Straftat*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-

Bonn-München, 1971, ps. 28 y ss. (4. völlig neu bearbeitete Aufl., 2000, ps. 32 y

ss.); WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 32. neu-

bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, p. 3. En España, signi-

Sin embargo, el propio Schmidhäuser⁸⁴ se ocupa de distinguir su propia construcción, respecto de otros conceptos de bien jurídico, sobre la base de su propia delimitación genuina entre "bien jurídico", "objeto del hecho" y "objeto del bien jurídico".

4. *Derecho Penal. Parte especial*

Además de las aludidas obras de Introducción y de Parte general, también es autor Schmidhäuser de una muy estimable obra dedicada al estudio de la Parte especial, publicada en el año 1980 bajo el título *Strafrecht, Besonderer Teil, Grundriß*⁸⁵ (2ª ed., 1983), así como de varios comentarios de sentencias y otros estudios sobre diferentes tipos delictivos concretos⁸⁶.

Aunque no podemos entrar en un estudio, siquiera somero, de sus propuestas substantivas y de las directrices de su sistemática en el estudio de la Parte especial, sí puede dejarse apuntado que el sistema teleológico, que desde un punto de vista teórico desarrolla Schmidhäuser en la Parte general, encuentra un fiel correlato y una coherente aplicación práctica en la Parte especial, verdadero banco de pruebas de muchas de sus disquisiciones doctrinales.

ficativamente, CERREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, I, *Introducción*, 5ª ed., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1996, ps. 15 y ss.; cit., sobre esta cuestión, recientemente, con anotaciones críticas, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Naturalidad del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal*, en *Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Comares, Granada, 2002.

⁸⁴ Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch* cit., 2. Auflage, 1975, 2/30, ps. 36 y ss.

⁸⁵ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Besonderer Teil, Grundriß*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1980, XVI + 253 ps. (2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1983, XVI + 283 ps.).

⁸⁶ Entre ellos, muy significativo y sobresaliente es el titulado *Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord im strafrechtlichen Sinn*, en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, herausgegeben von Günther Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans Joachim Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakob/Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, ps. 801-822; también, muy interesante, *Aussagepflicht und Aussagegedelikt*, en *Göttinger Festschrift für das OLG Celle*, Göttingen, 1961, ps. 207-237.

5. Literatura y Ciencia del Derecho

ACTUALIDAD

Por último, es de significar una ulterior temática en la que destacó especialmente Eberhard Schmidhäuser: el estudio de la relación entre clásicas obras de la Literatura universal y la Ciencia del Derecho. Intelectual clásico, humanista interesado por temas varios, dedicó sus esfuerzos al estudio de asuntos con frecuencia no accesibles al resto de los estudiosos. Los Seminarios que desarrolló en su Cátedra de la Universidad de Hamburgo, dedicados al tema *Literatura y Derecho*, alcanzaron gran resonancia en toda Alemania, hasta el punto de que estudiantes, doctorandos y hasta docentes de todo el país se trasladaban a dicha ciudad para seguir de primera mano las atractivas sesiones dirigidas por el profesor Schmidhäuser⁸⁷.

Fruto de este interés son varios de sus trabajos más sugerentes y originales. Entre ellos, puede citarse su curioso opusculo intitulado *Vom Verbrechen zur Strafe. Albert Camus "Der Fremde". Ein Weg aus der Absurdität menschlichen Daseins*⁸⁸, en el que realiza un muy preciso análisis de la famosa novela del Premio Nobel francés Albert Camus, *El extranjero*. Asimismo, merece citarse su artículo sobre el concepto de ley en la obra *El Proceso* de Kafka⁸⁹ (autor en el que es especialista su esposa, Elisabeth Schmidhäuser)⁹⁰ y su interesante obra *Verbrechen und Strafe. Ein Streifzug durch die Weltliteratur von So-*

⁸⁷ Fruto de este interés propio es también la sugerencia a sus discípulos de realizar trabajos de investigación sobre estos temas. Así, puede citarse el trabajo del Prof. Heinz Wagner, de la Universidad de Kiel, titulado *Das Verbrechen bei Dostojewski*, presentado como tesis doctoral en 1966 en la Universidad de Hamburgo.

⁸⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Vom Verbrechen zur Strafe. Albert Camus "Der Fremde". Ein Weg aus der Absurdität menschlichen Daseins*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe 202, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, 36 ps.

⁸⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Das "Gesetz" in Franz Kafkas Roman "Der Prozess"*, en *Strafgesetzmäßigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Fritz Hof Haft, Winfried Hassener, Ulfried Neumann, Wolfgang Schild, Ulrich Schroth, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, ps. 803-817.

⁹⁰ Entre su producción crítico-literaria puede verse, por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, Elisabeth, *Kafka über Kafka: "Der Prozess" - gelesen und gesehen*, Lit Verlag, Reihe: Germanistik, Bd. 20, Münster-Hamburg-London, 2000, X + 288 ps. Asimismo, el penetrante estudio intitulado *Franz Kafkas Erzählung "In der Strafkolonie"*, *Psychoanalytische und andere Aspekte*, en *Jahrbuch für Psychoanalyse*, 36, 1996, ps. 178-224.

*phokles bis Dürrenmatt*⁹¹, que constituye casi una Historia del Derecho Penal en la Literatura universal, en la que analiza con crítica lenta jurídico-penal obras tan destacadas como *Der Verbrecher als verlorener Ehre* de Schiller, *Crimen y castigo* de Dostoiévski, *Hamlet* de Shakespeare, *El Rey Edipo* de Sófocles, *El extranjero* de Camus, y *Der Besuch der alten Dame* y *Die Puppe* de Dürrenmatt. Por último, debe también destacarse el sugestivo estudio sobre el pensamiento de Goethe sobre el Derecho y el Estado⁹².

IV. Anotación final

Para concluir este trabajo, restan algunas mínimas anotaciones. En las páginas precedentes hemos intentado esbozar muy resumidamente un pensamiento —un sistema— sugestivo, original, a la par que casi desconocido en los países de habla española, que no ha merecido el seguimiento ni la difusión alcanzados por otras construcciones, como la de Roxin o la de Jakobs. Y hemos intentado este esbozo aun a sabiendas de la dificultad de reducir a algunos trazos un edificio tan coherente y tan bien constituido como es la brillante estructura de la Dogmática teleológica del profesor Schmidhäuser. Merece la pena —o mejor aún: el gozo— adentrarse en la obra de este eximio penalista, por la atractiva singularidad de su pensamiento.

Universitario genuino, humanista profundo, intelectual honesto, ejemplo de una independencia insobornable, se negó tercamente a aceptar el ofrecimiento de discípulos, amigos y colegas de rendirle homenaje, con motivo de su jubilación y de su septuagésimo cumpleaños, mediante la académicamente habitual publicación de un Libro Homenaje, con el doble argumento de que “no pertenece al trabajo científico e intelectual el recibir este tipo de alabanzas”, y de su voluntad de no querer personalmente pertenecer al “grupo de la mayoría dominante”, que aceptaría gustosa tal honor. Ese rasgo trasluce la rara imagen de

⁹¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Verbrechen und Strafe. Ein Streifzug durch die Weltliteratur von Sophokles bis Dürrenmatt*, Verlag C. H. Beck, München, 1995 (2. Aufl., 1996, X + 268 ps.).

⁹² SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Goethes Denken über Recht und Staat - aus der Sicht von gestern und heute*, en *Goethe-Jahrbuch*, 116/1999, ps. 178-190.

un intelectual independiente, incómodo o arrogante a veces, siempre crítico recalcitrante, que era incapaz de ceder siquiera parte de su celosamente conservada libertad a cambio de reconocimientos, honras o prebendas.

Por lo demás, el destino —la providencia o el azar— ha querido que la muerte se llevara consigo al profesor Eberhard Schmidhäuser el mismo día —6 de marzo— de un año —el de 2002— en el que se cumplían 30 años justos de la muerte de su maestro Eduard Kern. Permitaseme, por ello, terminar estas apresuradas páginas de recuerdo y de admiración con las mismas emocionadas palabras —cambiando sólo los nombres— con que el propio Schmidhäuser⁹³ concluía, en 1972, la nota necrológica dedicada a la memoria de su maestro: “*Eine solche Persönlichkeit wirkt manches in der Stille; und viele, die sich heute dankbar Eberhard Schmidhäusers erinnern, haben diese Wirkung gespürt*”.

⁹³ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Nachruf: Eduard Kern †, en Juristenzeitung*, Nr. 17, 1. September 1972, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972, p. 533.

DOS CUESTIONES ACTUALES EN LA DOGMÁTICA DEL DELITO DE OMISIÓN Sobre la supuesta accesoriidad y sobre solidaridad

por JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES*

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Asunción de categorías civiles por el Derecho Penal?
III. Solidaridad en Derecho Penal.

I. Introducción

La discusión dogmática en torno al delito de omisión y sus elementos data desde principios del siglo XIX. El objetivo de estas líneas no es, sin embargo, exponer el tratamiento que ha dado la doctrina a los diferentes problemas que surgen en estos delitos, sino más bien plantear algunos interrogantes que consideramos importantes en la discusión actual sobre la responsabilidad por omisión, sin desconocer por supuesto que estas nuevas cuestiones son el resultado del tratamiento que en estos dos siglos se le ha dado a esta clase de delitos, en especial a los delitos de comisión por omisión. La doctrina maneja como punto de referencia en la determinación de responsabilidad en el delito de

* M. iur. Comp. (Universidad de Bonn, Alemania); investigador adscrito al Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía de la Universidad Externado de Colombia. Este trabajo ha sido publicado en el Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, *El funcionalismo en Derecho Penal*, editado por Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 253-270.

comisión por omisión el elemento "posición de garante"; sin embargo, son los interrogantes que han marcado la senda de la doctrina penal desde hace algunas décadas, y que aún hoy en día ocupan la atención de aquel que quiera averiguar cuándo se está obligado jurídico-penalmente, en otras palabras, cuál es el origen de la vinculación jurídica en Derecho Penal. De esta forma queda claro que lo que actualmente se discute y, según nuestra opinión, debe ser discutido va más allá de aquello que tradicionalmente se ha trabajado bajo la rúbrica de la posición de garante; se trata de determinar cuáles son los deberes relevantes en Derecho Penal en *general* y no de investigar en el interior de un delito "impropio" de omisión, pues esta búsqueda está destinada al fracaso.

Sin ánimo de adentrarnos en una exposición de la evolución de la problemática de la posición de garante como elemento necesario en la punibilidad de los delitos de comisión por omisión¹, queremos hacer referencia en esta contribución a dos cuestiones que se plantean en la actualidad en esta clase de delitos. El primer interrogante está intimamente relacionado con la exposición hecha por Feuerbach² sobre las fuentes jurídicas de la obligación. La contribución de este autor en el campo de los delitos de omisión es la mención de aquello que el entiende como "fundamentos jurídicos especiales" (ley o contrato) para fundamentar la responsabilidad en estos delitos. Esta primera clasificación, que posteriormente sería desarrollada por autores como Spangenberg³, Henke⁴ y Stübel⁵, determinaría la evolución de la dogmática del delito de omisión hasta nuestros días, pues en estos planteamientos se encuentran inmersos los interrogantes que surgen actualmente en

¹ Sobre esta evolución, PERDOMO TORRES, *La posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la Filosofía del Derecho de Hegel a la solución*, en *Colección de Estudios*, Nº 20, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 17 y ss.

² *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799; del mismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Peinlichen Rechts*, 1847.

³ *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, 1821.

⁴ *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 1823.

⁵ *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828.

la discusión sobre el deber jurídico de actuar; sólo para mencionar dos ejemplos, las cuestiones de (1) si el deber debe ser uno jurídico positivizado⁶ o de (2) si el Derecho Penal está asumiendo categorías propias del Derecho Civil en la explicación de los fundamentos de la obligación⁷; esta segunda cuestión será el primer interrogante a tratar en estas líneas.

II. ¿Asunción de categorías civiles por el Derecho Penal?

El desarrollo dogmático del delito de omisión enseña que la fundamentación del deber jurídico de actuar debe estar orientada por criterios materiales sólidos que se correspondan asimismo con las necesidades de una determinada configuración social, pues de otra forma no se logra sobrepasar las dificultades que trajo consigo la fundamentación formal hecha por Feuerbach con su "teoría del deber jurídico" y que también evidenció el tratamiento realizado por Armin Kaufmann⁸ con la llamada "teoría de las funciones". La moderna doctrina penal reconoció rápidamente esta carencia argumentativa y, en aras de lograr un fundamento material sólido que refleje el verdadero origen de los deberes en todo conglomerado, aboga por la determinación de la res-

⁶ De una ojeada en el artículo 25 del Código Penal colombiano se desprende que para que un autor pueda ser penado por un delito de comisión por omisión se necesita la infracción de un deber jurídico de evitar el resultado típico, es decir que para la autoría en estos delitos es fundamento y condición necesaria la existencia de un deber jurídico de responder por la no producción del resultado; esta norma y el artículo 10 de la codificación colombiana insisten en que este deber se debe obtener conforme a la Constitución o a la ley, es decir que debe estar consagrado en el Derecho positivo. Esta exigencia deja al descubierto que nuestro nuevo Código Penal asume aquel "fundamento jurídico especial" (ley) esbozado por Feuerbach, adhiriéndose así a una dogmática penal que, como ha quedado en evidencia en la evolución dogmática del delito de comisión por omisión, hace más de un siglo ha planteado interrogantes; sobre las inconveniencias dogmáticas de un precepto semejante, PERDOMO TORRES, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, N° 26, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 9 y ss.

⁷ Sobre esta cuestión, recientemente GRÜNEWALD, *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?*, 2001.

⁸ Cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 255 y ss., en especial 283 y ss.

ponsabilidad en Derecho Penal a través de la lesión de un deber de aseguramiento en el tráfico (competencia por la organización interna y el estado de dicha organización), de un deber de aseguramiento de un comportamiento precedente peligroso (injerencia), del desmejoramiento de una determinada situación para bienes jurídicos en una organización ajena (asunción), o de la lesión de aquellos deberes que surgen de la realización del peligro al interior de dicha organización (deberes de salvamento); en resúmenes cuentas, de la lesión de un deber *negativo*. Por otro lado la lesión de aquellos deberes que surgen de considerar instituciones sociales irrenunciables, caracterizadas por la existencia de círculos vitales fundadores de solidaridad, es el criterio que permite la asignación de responsabilidad que hoy se esboza como competencia institucional y que se encuentra inmerso en un deber *positivo*⁹.

Si con la utilización del contrato a principios del siglo XIX, como fundamento especial en la responsabilidad omisiva, se estaba utilizando un criterio propio del Derecho Civil, hoy se afirma que esta tendencia se repite al asumirse como fundamento de responsabilidad la lesión de un deber de aseguramiento del propio ámbito de organización, pues de esta manera el Derecho Penal se hace totalmente dependiente de la construcción de deberes en el Derecho Civil, es decir, de los deberes generales en el tráfico (*Verkehrspflicht*)¹⁰. Los partidarios de esta tesis van aun más allá e intentan argumentar de la mano de aquellos que denominan "programas de conducción" en Derecho, afirmando que con la utilización de criterios civiles en la fundamentación de los deberes de garantía el Derecho Penal se orienta a un "programa jurídico de conducción que evidentemente no es el suyo"¹¹; el Derecho Penal debe utilizar como herramientas aquellas que permitan que los instru-

⁹ Sobre estos deberes y los fundamentos de responsabilidad que ellos contienen, JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho Penal*, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Nº 23, Universidad Externado de Colombia, 2000.

¹⁰ Cfr. SEELMANN, *Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit, Zielkonflikte bei der Akzesorität des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten*, en SEELMANN (ed.), *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie*, 2000, pp. 41-57, 46 f; manifestando escepticismo al respecto, del mismo, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtsdiagnostik*, GA 1989, 241-256.

¹¹ SEELMANN, *Verantwortungszuweisung...* cit., p. 49.

mentos tradicionales de imputación y las sanciones armonicen con el programa jurídico-penal de deducción de responsabilidad individual del actuante, pues de lo contrario habría que preguntarse si el Derecho Penal estaría sobrepasando sus fronteras de actuación y fomentando contradicciones valorativas en la ciencia del Derecho¹². Si bien esta última cuestión queda sin resolver con la crítica, se propone como orientación correcta una "reconstrucción del concepto de deber jurídico" de la mano de un criterio con contenido exclusivamente penal; éste es, según esta opinión, aquel concepto de Derecho que se estructura sobre la responsabilidad por el actuar, de manera que el obligado es aquel que ha colocado por sí mismo, a través de su comportamiento precedente, la causa de la lesión posterior¹³.

A pesar de que los planteamientos críticos anteriormente mencionados se mueven dentro de la dogmática del delito de comisión por omisión, tocan sin duda alguna el núcleo de la vinculación jurídica en Derecho Penal y, por consiguiente, plantean como cuestión básica el entendimiento que se debe tener del Derecho en general. Sin embargo, éste no es el lugar para disertar acerca de lo que se debe entender como "norma" en Derecho Penal y tampoco para establecer los requisitos de su validez; más bien intentaremos dar una respuesta a algunas cuestiones que con esta crítica consideramos han quedado sin solución o que no se corresponden con un entendimiento moderno del Derecho Penal.

El Derecho Penal que quiera responder a los desafíos de la sociedad moderna, y ante esto se ve enfrentada todos los días tanto la práctica como la doctrina en la búsqueda de soluciones, debe valerse de aquellos mecanismos que permitan su desarrollo y evolución en total coincidencia con el ordenamiento social, pues éste no representa otra cosa que la fuente de obtención de expectativas, es decir de normas, en Derecho Penal¹⁴. La posición que aquí se sostiene es aquella que define

¹² SEELMANN, *Verantwortungsweisung*... cit., p. 50 y s.; en el mismo sentido, GRÜNEWALD (nota 7), pp. 124 y ss.

¹³ SEELMANN, *Verantwortungsweisung*... cit., pp. 54 y ss.; del mismo, *Opferinteressen*... cit., pp. 252 y ss.; también GRÜNEWALD (nota 7), p. 131.

¹⁴ Este enunciado deja claro que la concepción del Derecho de la que aquí se parte es una muy diferente a la que maneja la doctrina tradicional. Los problemas

la vinculación en Derecho Penal a través de deberes y por consiguiente a la persona como su portador; estos deberes, y éste es uno de los grandes aportes del profesor Jakobs, deben surgir directamente de las necesidades de la sociedad y, por ende, corresponder con aquellos valores que precisamente ella establece. Cuando hablamos de vínculos de deberes negativos y positivos en alusión a la filosofía idealista alemana (G. W. F. Hegel), estamos definiendo la sociedad como el marco que permite el despliegue de un sistema de libertades en el que se garantiza el desarrollo y evolución de la persona, ésta, sin embargo, en relación con los demás, inmersa en un conglomerado; se está haciendo alusión a un concepto normativo de libertad que presupone, por consiguiente, deducción de responsabilidad ante su mala utilización. Si se intenta obtener los deberes relevantes en la definición de las posiciones de garante a un nivel de menor abstracción, o dicho de una forma más correcta, buscando la concreción del fundamento general de imputación, se debe partir de aquella argumentación que sobrepase el Derecho Penal de otra y otorgue los criterios adecuados en la explicación y valoración de los contextos complejos de la vida en comunidad y del desarrollo económico, tecnológico y técnico. Los deberes en el tráfico (de aseguramiento) son precisamente una de las respuestas a estas necesidades y, por tanto, el mecanismo que le permite a la sociedad concebirse a sí misma como liberal. La posibilidad de la persona de satisfacer sus necesidades en todo orden, de defender sus intereses, es la garantía que ofrece una sociedad que tenga como idea rectora la libertad; sin embargo, esta satisfacción de intereses no puede ir a costa de los intereses de los demás miembros del ente

que hoy en día se presentan en el interior del delito de comisión por omisión y su elemento posición de garante no son más que el resultado de aquel estrecho entendimiento del Derecho en general, que se aferra al positivismo jurídico. La solución a la problemática sólo se podrá alcanzar en la medida en que se abandonen estos criterios y se construya un marco teórico-jurídico en el que sean partícipes todas aquellas disciplinas sociales (por ejemplo la Sociología del Derecho y la Antropología), de manera que las herramientas del Derecho sean aquellas que se correspondan efectivamente con las necesidades de toda sociedad; sólo de esta forma se alcanzarán las soluciones a los problemas a los que se ve enfrentada la dogmática penal actual, sin embargo sin que se renuncie a criterios de legitimación y validez, y a una fundamentación eminentemente normativa, pues algo debemos tener claro: *en el sistema del Derecho estamos solucionando problemas jurídicos de una sociedad.*

social; esto sería no sólo el regreso al "estado de naturaleza" de Hobbes, sino también el desconocimiento de las necesidades de la persona y de la sociedad actual, que sin duda alguna van más allá de las que se

satisfacen a través de procesos físicos de causación.

Sin entrar a averiguar el origen de los deberes en el tráfico, que sea dicho de paso está en el Derecho Penal¹⁵, no sorprende que éstos tengan gran relevancia tanto en el ámbito penal como en el civil; si bien estas dos ramas del Derecho están orientadas hacia la satisfacción y protección de diferentes intereses en el Estado, y aquí podría hablarse de diferentes "programas de conducción", toman como punto de referencia la misma *sociedad* y en este sentido deben responder a los desafíos de un mismo *sistema* en constante evolución. Los dos ordenamientos se ocupan de la infracción de normas jurídicas, de manera que los mecanismos que utiliza el Derecho Penal y que permiten calificar un comportamiento como delito también pueden ser desarrollados y utilizados en el Derecho Civil de ilícitos, lo que, a pesar de demostrar la tendencia hacia un acercamiento de los dos ámbitos, no permite sin embargo afirmar una identidad normativa y mucho menos un traslado de deberes civiles al Derecho Penal. Se trata simplemente de la formación de criterios de ordenación de competencias en dos ramas del Derecho, y si esta relación se debe calificar como acceso-riedad, es una cuestión secundaria, pues nadie podrá negar que una rama puede utilizar fundamentos o mecanismos de selección presentes en otro campo del Derecho, sin que por esto se pierda la autonomía necesaria para definirse como subsistema jurídico. La persona en Derecho se define a través de los derechos y obligaciones que le competen, es decir, a través del status jurídico respectivo, y es precisamente éste el que le da la posibilidad al sujeto en muchos casos de actuar en el interior del ordenamiento jurídico sin tener que adscribirse a un determinado ámbito del Derecho. Dicho de otra forma, un determinado status puede acunarse en diferentes ámbitos jurídicos, y en cada uno de ellos muy seguramente con consecuencias jurídicas diferentes, por lo que, en nuestra opinión, resulta inapropiado adscribir dicho status a una determinada rama del Derecho; la calidad de padre, por ejemplo,

¹⁵ Cfr. al respecto v. BAR, *Verkehrspflichtien*, 1980, pp. 6 y ss.

es fundamento de la imposición de deberes en Derecho Penal, y es a la vez un criterio relevante en el Derecho de Familia, de Sucesiones, etcétera.

Ahora bien, la reconstrucción del concepto de deber jurídico-penal que reclama una responsabilidad únicamente a causa de un comportamiento precedente significa el retorno a aquel Derecho Penal que desconoce la intercambiabilidad técnica y de organización entre actuar y omitir¹⁶. El comportamiento precedente es ciertamente una parte integrante del Derecho Penal desde los planteamientos de Stübel¹⁷, sin

¹⁶ Al respecto JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 28/14. También sobre dicha intercambiabilidad SANCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, pp. 51 y ss.; el mismo, *Intervención omisiva, posición de garantía y prohibición de sobrevaloración del aporte*, en *Colección de Estudios*, N° 4, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 18 y ss.

¹⁷ Stübel reconoció en el año 1828 que existen algunos casos en los cuales alguien está obligado a actuar a causa de una relación especial o a causa de un actuar precedente. Para él se trata de aquellos deberes jurídicos originados en un comportamiento precedente que ha colocado a alguien en un estado de peligro (nota 5), p. 61. Indudablemente esta contribución debe ser considerada como el punto de partida para la recepción de la *inferencia* en el campo de la punibilidad de la omisión. Krug (*Kommentar zu dem Stragesetzbuch für das Königreich Sachsen*, 4 Abtlg., 1855, pp. 21 y ss.), Glaser (nota 11, pp. 293 y ss. y pp. 379 y ss.) y Merkel (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 113 y ss., *Kriminalistische Abhandlungen*, t. II, *Von den Unterlassungsverbrechen*, 1867) buscaron con las "teorías de la inferencia" la prueba para la punibilidad de los delitos impropios de omisión en la estructura de la relación causal. Ellos fundamentaron la causalidad de la omisión considerando el actuar precedente del autor como la causa de la no evitación del resultado; para Krug, una omisión es causal para el resultado cuando ella atenta contra un deber que ha surgido de un actuar precedente; Glaser diferencia claramente entre la causalidad de la acción precedente, que según él debe ser entendida como un todo conformado por la unión de dos partes: la acción precedente y la posterior omisión, y la existencia de un deber de evitar el resultado; sin embargo se esfuerza principalmente en la prueba de la causalidad de la omisión a través del actuar precedente como él lo configura, y deja de lado las consideraciones en torno a ese deber; Merkel, por su parte, introduce además un punto de vista normativo pues, según él, una omisión sólo puede adquirir significado jurídico cuando ésta se susstra de un actuar precedente a través del cual se ha hecho dependiente en alguna forma la integridad de los intereses de otro. Como se observa, estos tres autores plantean sus puntos de vista intentando probar la causalidad de la omisión; sin embargo, admiten al mismo tiempo que de una acción precedente surgen deberes jurídicos, lo que deja ver que el tratamiento del deber de evitar el resultado fue reconocido, aunque fuese de manera secundaria.

embargo es entendido hoy en día como la configuración peligrosa del propio ámbito de organización de tal forma que determinado peligro amenaza con una manifestación exterior, es decir, es un mecanismo más de concreción del deber negativo general de no lesionar a los demás y no significa en absoluto que sea el fundamento de la responsabilidad; en otras palabras, que represente el deber relevante para el Derecho Penal; cuando este comportamiento precedente sea ejecutado y en consecuencia se convierta en la "causa de la lesión posterior", se podrá afirmar que con él se lesionó el deber negativo general, pero no que es el fundamento de este deber. Aquel Derecho Penal que se orienta por procesos naturales de causación demostró, y la dogmática del delito de omisión es la mayor expresión de su decadencia, que no puede ofrecer los criterios adecuados para la adjudicación de responsabilidad. Por lo tanto, creemos que la interpretación de los mecanismos de imputación en coincidencia con un entendimiento de la vinculación jurídico-penal como aquí se esboza, es decir, de la mano de deberes negativos y positivos y las correspondientes expectativas que ellos contienen, permite que la ciencia del Derecho Penal reaccione de forma adecuada ante una perturbación social y que ella trabaje con un código propio. Resumiendo se puede afirmar: un comportamiento precedente no se puede confundir con el deber general que por intermedio de éste se lesiona; esto sería tanto como pretender adjudicarle al proceso causal natural la calidad de deber.

Lo anterior no debe ser interpretado de tal forma que el Derecho Penal renuncie tajantemente a la consideración de procesos causales; se trata simplemente de la determinación clara y concreta del deber jurídico-penal relevante en la fundamentación de posiciones de garantía, donde el actuar no se analiza como elemento integrante del sistema (éste puede estar presente o no); lo verdaderamente importante aquí es el significado que aporta la lesión del deber. Así queda al descubierto que la acción no es entendida anclada en procesos naturales sino que debe constituirse a través de comunicación y atribución¹⁸, debe entenderse en Derecho Penal como la "objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, esto es, la expresión de sentido

¹⁸ Cf. LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 191.

- ¹⁹ JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción* (trad. de Manuel Cancio Meliá), en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, N° 11, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 38.
- ²⁰ JAKOBS (nota 19), p. 49.
- ²¹ Con escepticismo al respecto, SEELMANN, *Solidaritätspflichten im Strafrecht?*, en: JUNG, Heike/MÜLLER-DIETZ, Heinz/NEUMANN, Ulfried (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 295-304.

Considerar la libertad como uno de los principios fundamentales de un Estado y, en consecuencia, del sistema del Derecho Penal es la condición por excelencia de su legitimación; es más, quien lo ponga en duda tendrá que demostrar cómo puede el sistema jurídico en general obtener su legitimación material sin la participación de la persona, desde luego una tarea que raya en la osadía. Pero que la solidaridad se constituya de igual forma en principio fundamental del Derecho Penal es algo que ha planteado algunos interrogantes, pues la tradición liberal-individualista de la ciencia penal no se resigna aún a admitir deberes diferentes a aquellos que surgen del pensamiento liberal y a los que hicimos alusión en el apartado anterior. Si bien éstos son base fundamental para el funcionamiento de todo conglomerado y pilar incuestionable del orden democrático, el Derecho Penal no puede desconocer que es precisamente propio de una democracia la garantía de todo tipo de relaciones humanas y, por ende, también de aquellas que se encuentran inmersas en comunidades de vida (por ej., en la familia o el Estado mismo), y que contienen fundamentos particulares de responsabilidad relevantes en materia penal²¹.

La evolución de los Estados modernos muestra claramente que sin

III. Solidaridad en Derecho Penal

de que la norma en cuestión no es la máxima rectora¹⁹; la acción así entendida se convierte, en consecuencia, "en la llave maestra del Derecho Penal de distintos sistemas sociales"²⁰ y el deber en el punto de referencia en el análisis del significado de un determinado comportamiento. El deber alcanza en Derecho Penal un significado especial y autónomo; su contenido será definido sin embargo por la sociedad y sus instituciones, cuya identidad (normativa) garantiza precisamente el Derecho Penal.

idea de comunidad no se pueden sortear numerosos problemas sociales; nuestra Carta Constitucional y el desarrollo legislativo colombiano son precisamente el reflejo de la incorporación de dicha idea²². Sin embargo y dado que la solidaridad puede ser analizada desde diferentes puntos de vista, inclusive desde aquellos lejanos al Derecho, una solidaridad activa, es decir aquella que reclama una limitación de la libertad propia en favor de otros individuos y, por tanto, imposición de deberes, sigue siendo considerada como el punto de partida de la responsabilidad excepcional. Esta circunstancia está íntimamente relacionada con la discusión entre liberalismo y comunitarismo²³, y de una u otra forma con el debate entre moralidad y eticidad presente ya a finales del siglo XVIII y principios del XIX; son precisamente las elaboraciones filosóficas de Kant y Hegel las que dejan al descubierto un paralelismo en el tratamiento de la idea de libertad. Mientras que el filósofo de

²² En la mayoría de los casos en que el legislador penal ha plasmado la idea de solidaridad, se trata de aquella solidaridad pasiva en el sentido de tener que soportar determinadas cargas en favor del mantenimiento de otros bienes jurídicos que de esta forma alcanzan privilegio de acuerdo a criterios de ponderación; ejemplo por excelencia es el numeral séptimo del artículo 32 del CPC sobre estado de necesidad agresivo como supuesto de ausencia de responsabilidad. La ponderación de bienes es, en este caso, expresión clara de la idea de solidaridad, pues supone el deber de soportar la usurpación del propio ámbito de organización en favor de determinados bienes jurídicos en peligro. La literatura utiliza también la idea de solidaridad, por ejemplo, para reclamar una limitación del derecho de la legítima defensa, en estos casos, si bien el atacante es competente por el conflicto, el agredido debe, de acuerdo a condiciones específicas de proporcionalidad, soportar algunas lesiones o intentar evadir el ataque, pues se impone una solidaridad mutua entre personas que no se encuentran en ninguna relación especial, y esto con el objetivo de corrección y adecuación del derecho de la legítima defensa; cfr. JAKOBS, *AT*, 12/46 y ss., 2ª ed., 1991. No obstante, la Constitución colombiana, además de establecer en el Preámbulo principios necesarios de convivencia y en el Título I, artículo 1º, la solidaridad entre las personas como uno de los elementos integrantes de la idea de república unitaria, consagra claramente en el Título III, Capítulo 5, artículo 95, numeral 2, el *deber* de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con *acciones* humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Se trata en este supuesto de un deber básico de solidaridad mínima análogo a los derechos fundamentales como principio de la idea de Estado.

²³ Al respecto FORST, *Kommunitarismus und Liberalismus. Stationen einer Debatte*, en: HONNETH, Axel (ed.), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, 1993, pp. 181 y ss.

Königsberg presenta al individuo libre en su relación con los demás como la condición indispensable del actuar en Derecho, Hegel pretende con su teoría de la eticidad mostrar las condiciones sociales necesarias para la realización de dicha idea de libertad y, de esta forma, plantear cuestiones en relación con los presupuestos de la integración social, esto es, de la integración normativa de las sociedades. Esta contraposición, así planteada de forma *general*, se refleja sin lugar a dudas en la relación entre el individualismo que pretende regir las relaciones de una economía capitalista, y entre aquella idea que busca orientar la evolución de la sociedad haciendo énfasis en el sentido de comunidad.

Teniendo como presupuesto esta discusión y sin adentrarnos en una exposición sobre las posibles definiciones del término solidaridad y las formas de aparición²⁴, creemos acertado describir su núcleo a través de la idea de "relación o valoración recíproca" entre miembros de un grupo determinado. La unidad de referencia en esta determinación es, en nuestra opinión, aun el Estado²⁵, de manera que la solidaridad se debe entender como un medio de unión entre personas de un mismo origen, cultura e ideales, es decir, de sujetos que consideren las capacidades y cualidades individuales del otro como un requisito indispensable para la práctica de la vida en común; en pocas palabras, sujetos inmersos en comunidad y por lo tanto miembros de una sociedad²⁶.

²⁴ Cfr. al respecto HONDRICH/KOCH-ARZBERGER, *Solidarität in der modernen Gesellschaft*, 1992, pp. 12 y ss.

²⁵ La solidaridad como fundamento de deberes presupone su análisis en el interior de un grupo determinado, por lo que nos parece acertado partir del concepto de Estado en esta tarea; sin embargo la cuestión que surge en este punto es determinar si se puede hablar de una solidaridad supranacional, teniendo en cuenta los procesos de integración política y económica que se observan en la actualidad. Si bien los deberes de ayuda en caso de necesidad se entienden en relación entre hombres sin consideración de circunstancias de pertenencia a un grupo determinado, consideramos que la solidaridad *relevante en Derecho Penal* tiene que verse limitada en el marco de un orden político y jurídico estatal; en nuestra opinión, esta barrera es todavía fundamento inquestionable de la utilización de la idea de solidaridad en materia penal.

²⁶ Sobre la dicotomía entre comunidad y sociedad, en especial sobre el concepto de Ferdinand Tönnies, Rehberg, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Tönnies und Wir*, en: BRUMLIK/BRUNNKHORST (eds.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, 1993, pp. 19 y ss.

Teniendo como punto de referencia el Estado, resulta importante destacar al mismo tiempo el tratamiento de esta idea de solidaridad en el interior de lo que podríamos denominar comunidades especiales, las cuales están caracterizadas precisamente por ser la expresión de una unión interna material entre determinados interactuantes y por su capacidad autónoma de evolución; es decir, la solidaridad no sólo puede ser analizada en el interior de la sociedad en general donde de lo que se trata es de relaciones anónimas entre individuos, que constituyen la expresión de una vinculación externa²⁷, sino también allá donde se pertenezca a una institución relevante para el desarrollo normativo social. La idea de solidaridad presupone en este sentido algo más que la garantía del respeto y tolerancia frente a los demás; implica el logro de los objetivos individuales en total dependencia de las capacidades sociales del otro.

De la actual discusión en torno al papel de la solidaridad se advierte que dicha idea, en lo que se refiere al fundamento de deberes jurídicos, se encuentra en una batalla cuyo contrincante principal es la idea clásica sobre las relaciones de mercado y sobre el liberalismo, la cual considera a los individuos libres y por lo tanto responsables. La cuestión que surge en este punto es determinar en qué medida la sociedad está conformada por hombres libres, o dicho de una forma más exacta, si la libertad puede ser garantizada en su totalidad a través de su idea negativa, es decir, de su limitación allí donde el individuo haciendo uso de ella entre en conflicto con los demás. La respuesta nos parece clara: un individuo podrá lograr la maximización de sus intereses materiales en muchos casos autónomamente, sin embargo se verá expuesto a muchas situaciones en las que tendrá que ser ayudado, y el hecho de que sólo se pueda ayudar a los demás en cuanto se les ayuda a ser autónomos²⁸ es la prueba de que la solidaridad es una idea necesaria

²⁷ Este tipo de solidaridad es visto sin embargo con especial escepticismo por quienes ven en la sociedad actual la máxima expresión de relaciones instrumentales y, en consecuencia, abogan por la preponderancia de la idea de autonomía. Cfr. en este sentido BAYERRTZ, *Begriff und Problemen der Solidarität*, en: BAYERRTZ, Kurt (ed.), *Solidarität*, 1998, pp. 11-53, 28 y ss.

²⁸ Capaldi, sin embargo, de forma crítica con respecto a la idea de solidaridad, *Was stimmt nicht mit der Solidarität*, en: BAYERRTZ (ed.), *Solidarität* cit., pp. 86-110, 96.

en el Estado, quizá como complemento o limitante de los ideales de libertad, o tal vez como idea fundamental en un Estado Social y Democrático de Derecho; de todas formas, como mecanismo regulador de relaciones en comunidad y por ende fundamento de deberes en Derecho Penal. Por lo anterior, la solidaridad encuentra un espacio y juega un papel importante en el marco cultural donde se reconoce que las relaciones sociales no se agotan en la racionalidad liberal del mercado que impone el deber de no causar daños a los demás, y que el individuo se encuentra vinculado frente a la comunidad precisamente por haberse desarrollado con las posibilidades que ella ofrece²⁹. Insistir en la idea de comunidad resulta hoy en día plausible, pues se trata de una que tiene asidero en el interior de una sociedad pluralista.

Negar esta circunstancia sería desconocer que cualquier sociedad, sea cual sea el grado de su evolución y desarrollo, está constituida sobre la idea de comunidad y en especial por instituciones, que si bien contienen relaciones interpersonales que en determinados casos podemos denominar como especiales, representan la otra mitad de la configuración social y, en ese sentido, la posibilidad de satisfacción de otro tipo de necesidades sociales diferentes a las consideradas con la idea liberal-individualista. De esta realidad se ha sido consciente en mayor o en menor medida desde siempre, piénsese en los ideales revolucionarios de hermandad o fraternidad; el problema ha radicado, sin embargo, en la timidez de la ciencia del Derecho Penal en su reconocimiento como fundamento de vinculación jurídica³⁰.

Por una parte se trata de aquella solidaridad como reflejo de una verdadera vinculación social y que se corresponde con las expectativas

²⁹ Cf. KHUSHF, *Solidarität als moralischer und politischer Begriff. Jenseits der Sackgasse von Liberalismus und Kommunitarismus*, en: BAYERLE (ed.), *Solidarität*, cit., pp. 111-145, pp. 128 y ss.

³⁰ No obstante, el desarrollo dogmático en el ámbito de los delitos de omisión (tanto la literatura como la jurisprudencia penales) ha reconocido la necesidad de incorporar la idea de solidaridad en la búsqueda de soluciones a los diferentes problemas que se plantean en este campo. Los avances técnicos, económicos y científicos han dejado al descubierto la necesidad de complementar el pensamiento liberal, al que se ha hecho alusión aquí, de la mano de la garantía de la solidaridad (solidarismo), y que ha hecho carrera con la llegada del Estado Social; cfr. al respecto SCHULTE, *Garantienstellung und Solidarpflicht*, 2001.

de un grupo determinado, es decir, una solidaridad institucionalizada. Sólo en cuanto se trate de instituciones sociales, significantes, y por ende con carácter normativo, se podrá afirmar que existe un deber de solidaridad, que existe una obligación especial que, en la terminología hegeliana, "manda tributarle al otro algo positivo"³¹. Las contribuciones a que están obligados los miembros de estas comunidades tienen como función el fomento y el desarrollo de la institución respectiva; el contenido de éstas está, sin embargo, dado previamente, de manera que se logra el marco referencial dentro del cual los actuantes hacen ejercicio de su libertad. Ese algo positivo a tributar es la expectativa que el deber de solidaridad contiene, por lo que es indiferente si la persona obligada actúa u omite, pues de él es exigido una determinada pres-tación para el mantenimiento y desarrollo de la institución.

De esta forma se evidencia lo importante que resulta considerar dentro de los deberes relevantes en Derecho Penal aquellos fundamentados en solidaridad; la dogmática del delito de omisión no ha sido ajena a esta idea, sin embargo la mención de la solidaridad como criterio fundamentador de deberes especiales se vio menguada por el temor de la ciencia penal de no poder fundamentarlos o de no encontrar patrocinio político en su reclamación. El Derecho Penal ha vislumbrado estos deberes desde los comienzos de la evolución de la dogmática de los delitos de omisión, piénsese en el famoso caso de la madre que no alimenta a su hijo por lo que el recién nacido muere; en estos supuestos de relaciones familiares, también hoy en día en aquellas analogías, donde los interactuantes proyectan con su comportamiento una confianza especial, y de igual forma en la relación entre el Estado y el ciudadano, que impone deberes especiales en cabeza de los funcionarios del Estado para el cumplimiento de las metas estatales ante los desafíos de los tiempos modernos³², están dadas las condiciones

³¹ HEGEL, *Nürnberg und Heidelberger Schriften*, p. 253.

³² La nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha plasmado de forma clara la idea de solidaridad como fundamento de responsabilidad en las relaciones Estado-individuo. La sentencia N° SU-1184 (23-11-2001, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett) constituye un avance significativo en la fundamentación a nivel jurisprudencial de la idea de solidaridad como fundamento de responsabilidad de los representantes del Estado ante la infracción de los deberes institucionales que, en este caso, están en cabeza de las fuerzas militares y de policía.

necesarias para poner en práctica la idea de solidaridad y para, en ese sentido, reclamar un deber de ayuda solidaria entre los miembros de dichas comunidades. El pensamiento individualista necesita por esto una complementación a través de la idea de comunidad, pues la satisfacción del interés propio del individuo será suficiente en el mejor de los casos para alcanzar la legitimación de una sociedad próspera, pero aquellos individuos que ayudan a la sociedad a causa de la riqueza y la seguridad que ella proporciona son amigos de oportunidad que desamparan cuando se necesitan en realidad³³; es evidente que la realidad relevante para el Derecho Penal tanto ayer como hoy ha reclamado y reclama una respuesta ante ese tipo de necesidades; éste es el desafío para la ciencia penal, pues se trata de la posibilidad de existencia del Estado.

En estas consideraciones no se puede dejar de hacer referencia a uno de los artículos que introdujo el nuevo Código Penal colombiano y que está relacionado directamente con estas breves líneas sobre solidaridad; nos referimos a la omisión de socorro (art. 131, CPC). En este caso se trata de aquella solidaridad mínima interpersonal que impone a cada uno de los ciudadanos el deber de ayudar al otro en casos de peligro grave para bienes jurídicos. Como arriba fue expuesto, existen por una parte deberes especiales fundamentados en solidaridad, que resultan en el interior de determinadas comunidades de vida o de

En esta decisión se alude directamente a que "el Estado puede ser garante cuando trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la Nación", lo que, en nuestra opinión, deja sentadas las bases para la posibilidad de un juicio de imputación a los representantes del Estado ante el incumplimiento de los deberes que surgen de la especial posición que se ocupa. Se trata de la reivindicación de la tarea del Estado como garante de la protección de las necesidades básicas de la población y, en este sentido, del reconocimiento de la solidaridad como fundamento de la relación institucional entre el Estado, sus representantes y los asociados.

³³ Cf. BAYERITZ, *Die Solidarität und die Schwierigkeit ihrer Begründung*, en: SEELMANN (ed.), *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie* cit., pp. 85-92, 92, quien cita a TAYLOR, Charles, *Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus*, en: HONNETH (ed.), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften* cit., pp. 103-130, 122. También Bayertz sobre algunas de las ideas aquí expuestas.

interacción, y ya que éstas forman parte de la organización estatal, estos deberes especiales se encuentran inmersos en dicha organización, y esto como punto de partida de cualquier consideración sobre vínculos jurídicos. Pero si en el Estado hay un espacio para deberes especiales fundamentados en solidaridad, los miembros del grupo social pueden reclamar allí mismo en sus relaciones particulares, por otra parte, la garantía de una *solidaridad mínima*. El Estado como garante del desarrollo del conglomerado está también presente donde se garantiza la ayuda mutua de los ciudadanos en caso de necesidad y, en consecuencia, se restringen y al mismo tiempo se facilitan las condiciones del ejercicio de la libertad individual³⁴. De esta forma la solidaridad relevante en Derecho Penal adquiere una configuración de relación tripartita; primer eslabón y condición indispensable de su garantía en general, y en el cumplimiento de determinadas metas, es el Estado; los restantes dos miembros de esa relación serán las personas entre quienes la solidaridad, en este caso, mínima sea la estructura de imputación de responsabilidad³⁵.

³⁴ Silva Sánchez (Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal, en: *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada 4*, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 153-172) habla de los deberes de solidaridad como deberes de doble faz: no sólo restringen la libertad del obligado, sino que amplían la libertad del socorrido (p. 159).

³⁵ Pawlik (Unterrlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur, GA 1995, 360-372) considera, por el contrario, que la solidaridad mínima no es fundamento de deberes en Derecho Penal; el fundamento esta afirmación re-saltando la transformación de la idea de comunidad en favor del individualismo, es decir, del anonimato en el ejercicio de un rol determinado. La tarea del Estado es, según este autor, el garantizar las condiciones individuales del ejercicio de autonomía; por esto el Estado asume también responsabilidad en aquellos ámbitos en los que el mismo no puede directamente actuar, reclamando del ciudadano su intervención como "colaborador de la administración" en estados de necesidad. Esta idea resulta bastante sugerente y se corresponde efectivamente con cualquier entendimiento liberal de una sociedad; desconoce sin embargo que la solidaridad presente en comunidades de vida es una que está garantizada al mismo tiempo por el Estado, de manera que cuando el ciudadano actúa, utilizando la terminología de este autor, como "colaborador de la administración" por fuera de estas instituciones, es decir en el marco del artículo 131, CPC, está sirviendo a la garantía de la solidaridad general en el Estado y a la consolidación de las condiciones del ejercicio de autonomía, pues la situación social

Por lo anterior debe quedar claro que la solidaridad mínima garantizada en el delito de omisión de socorro es también, al igual que la garantizada en las comunidades especiales, una implícita en la idea de Estado; esto se encuentra consagrado en nuestra Carta Fundamental en el artículo 95, numeral 2, donde se le expresa al ciudadano una de las condiciones espirituales, morales, económicas y sociales elementales para su existencia³⁶. Esta solidaridad así entendida representa el fundamento de un deber de ayuda mutua entre los miembros del grupo, esto es, un deber autónomo y eficiente indispensable en el momento de asignar responsabilidad. Si bien la doctrina y la jurisprudencia tratan este tipo de responsabilidad como subsidiaria³⁷, es decir, para fundamentar responsabilidad en casos en los que no se cumplan los requisitos de un delito de comisión por omisión o inclusive de comisión, se trata de un deber en toda su extensión y por lo tanto fundamentador de responsabilidad penal ante su lesión.

La solidaridad mínima así entendida es el fundamento de la responsabilidad en el delito de omisión de socorro y no el bien jurídico protegido con este precepto. El nuevo Código Penal ordena esta norma en el Título I, Capítulo Séptimo, dejando de esta forma claro que la

actual reclama algo más que la defensa enfática del interés individual; la garantía de la autonomía es principio básico de cualquier Estado liberal, pero no el único ideal digno de protección. Por esto no se puede afirmar que el concepto de comunidad sea uno superado, él es más bien un momento central actual, precisamente aun cuando se utilice para reclamar su contrario; él es una realidad. Cfr. sobre esto RAULET, *Die Modernität der "Gemeinschaft"*, en: BRUMLIK/BRUNNKHORST (eds.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit* cit., pp. 72-93.

³⁶ Sobre la conveniencia de consagrar la idea expresa de solidaridad en un texto constitucional, DENNINGER, *Verfassungsrecht und Solidarität*, en: BAYERITZ (ed.), *Solidarität* cit., pp. 319-344, 337 y ss.

³⁷ En consecuencia, este deber de solidaridad mínima es tratado como deber de menor intensidad; cfr. en este sentido JAKOBS (nota 22), 28/11, en especial la nota a pie de página 25; también ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963, nota a pie de página 72, p. 144; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, nota a pie de página 72, p. 23, entre otros. Si bien aquí reclamamos una interpretación restrictiva del precepto, no entendemos que el deber de solidaridad mínima sea uno "débil"; allí donde la solidaridad sea idea de Estado, este deber está fundamentado en toda su extensión al igual que aquellos generados en la libertad de organizar.

regulación en cuestión impone el deber de ayudar en caso de peligro grave para los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal. Esta estructuración resulta a nuestro juicio de buen recibo, pues considerar la solidaridad mínima entre los hombres como el bien jurídico protegido resultaría no sólo algo impreciso y difícil de determinar en el momento de valoración de un supuesto de hecho, sino que también significaría un aumento incommensurable de los comportamientos que serían abarcados con el precepto precisadamente por la amplitud de su significado; en cuanto se protejan bienes jurídicos personalísimos, se podrá afirmar al mismo tiempo la garantía mediata de la solidaridad³⁸.

En un Estado Social y Democrático de Derecho debe ser garantizada la solidaridad mínima, sin embargo, donde el legislador haya optado por ella, como es el caso colombiano, la interpretación del precepto debe ser hecha de forma restrictiva, pues de lo que se trata es de la armonización de los principios fundamentales del Estado. Reducir el campo de aplicación de esta norma a bienes jurídicos personalísimos corresponde al fin perseguido con su regulación, es decir, a la ayuda solidaria en casos *graves* de necesidad, esto es, en casos en que el sujeto obligado y la persona que se encuentra en peligro están unidos por una relación de dependencia circunstancial. Una vez más, no se trata de una solidaridad especial como aquella inmersa en la idea de institución; se trata de aquella que al mismo tiempo sea compatible con el principio de libertad; nos parece que además de abarcar el bien jurídico de la vida y la integridad personal, podría pensarse en algunos supuestos de garantía de bienes jurídicos como la libertad, integridad y formación sexuales³⁹.

La interpretación restrictiva del tipo de omisión de socorro colinda directamente con las limitaciones que deben ser hechas en el marco de la *exigibilidad* de la prestación de ayuda solidaria. Este elemento que normalmente entra en consideración en los fundamentos generales del reproche de culpabilidad, se puede considerar en la nueva regulación con la expresión "sin justa causa" como un elemento más del tipo;

³⁸ Cfr. MORGENSEN, *Unterschiede in der Hilfeleistung, Solidarität und Recht*, 1997, p. 120 y s.
³⁹ Cfr. SEEELMANN, "Unterschiede in der Hilfeleistung" oder: Was darf das Strafrecht?, Jus 1995, Cuaderno 4, pp. 281-286, 284.

Aun en el marco de protección del bien jurídico de la vida y la integridad personal se debe considerar una limitante en relación con el principio de autorresponsabilidad. El Derecho le proporciona al individuo una esfera real propia en la que solamente él puede determinar y administrar, en la que a él le es dada la posibilidad (en la terminología hegeliana "permiso o autorización")⁴⁰ de organizar y en la que los demás no deben irrumper. Este entendimiento de la libertad de organización de la persona sólo encuentra límites en el respeto de los demás también como personas, es decir, el respeto de las esferas de organización ajena; la posibilidad de disposición sobre aquellos bienes de los que se es titular y que sirven para el desarrollo personal es parte integrante de la idea de autonomía, por lo que consideramos que ante la libre disposición, por ejemplo, sobre el cuerpo y la salud no deben plantearse cuestiones en relación con la solidaridad mínima; cuando la persona libre disponga sobre su vida o integridad no hay

la generalidad. Aun en el marco de protección del bien jurídico de la vida y la integridad personal se debe considerar una limitante en relación con el principio de autorresponsabilidad. El Derecho le proporciona al individuo una esfera real propia en la que solamente él puede determinar y administrar, en la que a él le es dada la posibilidad (en la terminología hegeliana "permiso o autorización")⁴⁰ de organizar y en la que los demás no deben irrumper. Este entendimiento de la libertad de organización de la persona sólo encuentra límites en el respeto de los demás también como personas, es decir, el respeto de las esferas de organización ajena; la posibilidad de disposición sobre aquellos bienes de los que se es titular y que sirven para el desarrollo personal es parte integrante de la idea de autonomía, por lo que consideramos que ante la libre disposición, por ejemplo, sobre el cuerpo y la salud no deben plantearse cuestiones en relación con la solidaridad mínima; cuando la persona libre disponga sobre su vida o integridad no hay

espacio para reclamar la ayuda solidaria de los demás, pues, como ya ha quedado demostrado en estas líneas, solidaridad y libertad son principios fundamentales de todo Estado Social y Democrático de Derecho; cada uno de estos principios tiene sus propias fronteras y por lo tanto deben ser interpretados sistemáticamente, de manera que no hay motivo para obligar a alguien a salvar a una persona que se precipita al peligro de forma autónoma.

Ahora bien, en este punto tenemos que manifestarnos sobre el problema interpretativo que surge de considerar los casos en los que no se exige intervención solidaria mínima a causa de libertad de disposición con respecto a aquellos en los que el legislador ha determinado que una ayuda o inducción a la autolesión son dignos de punibilidad; nos referimos al artículo 107 del CPC sobre inducción o ayuda al suicidio. Con lo hasta aquí expuesto sobre aquella idea de sociedad orientada por principios como el de libertad debe quedar al descubierto la falta de legitimación material de este precepto, pues cuando alguien "ayuda o induce" al suicidio no estará usurpando organización ajena alguna; la libre disposición del individuo sobre sus bienes excluye de antemano la posibilidad de dicha usurpación⁴¹. Por esto, los motivos para la existencia de esta norma serán otros muy distintos a aquellos que se fundamentan en ideales de autonomía, libertad y solidaridad; serán quizás la necesidad de protección contra el peligro de abuso o, para ser más drásticos, el "deber" que tiene el individuo frente a la generalidad de seguir viviendo, etcétera, algo que está por fuera de cualquier Derecho Penal como sistema. Con respecto al tipo de omisión de socorro, quedan sin embargo muchos interrogantes que no pueden ser tratados en estas líneas, ya que de lo que aquí se trata es de la ubicación de la solidaridad mínima como fundamento de deberes en Derecho Penal; podemos resumir de la siguiente forma: aun tratándose de bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, a los que vemos reducida la aplicación del tipo de omisión de socorro, se deben hacer algunas limitaciones de la mano del principio de autodeterminación, en aras de la armonía de los pilares fundamentales de la idea de Estado.

⁴¹ Sobre esto JAKOBS, *Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen, Zugleich zum Verhältnis von Rechtfertigung und Strafbarkeit*, en: KAUFMANN, Arthur, *Festschrift*, pp. 459-473, 466.

En estas cortas líneas hemos expuesto y analizado dos cuestiones actuales de la dogmática del delito de omisión. El supuesto traspaso de categorías del Derecho Civil al Derecho Penal en la fundamentación de las posiciones de garantía se ha evidenciado como una idea errónea. En la medida en que se acepte la vinculación jurídica en Derecho Penal, en su expresión negativa o positiva, como el punto de partida de la teoría de la imputación, la concreción de las posiciones de garantía podrá ser realizada a través de mecanismos autónomos del sistema del Derecho Penal. El que algunos de ellos, por ejemplo los deberes de aseguramiento o la calidad de padre, sean parte integrante de otra rama del Derecho no significa que una rama sea accesoria respecto de la otra; se trata simplemente de la utilización de mecanismos jurídicos comunes (un status jurídico general o especial) en el desarrollo y evolución de cada subsistema.

Sobre el actual tratamiento de la solidaridad en el Derecho Penal se afirmó que esta idea se debe entender como un fundamento de unión específica entre personas pertenecientes a una comunidad determinada, pues sólo se puede ser solidario con personas con las cuales se está unido por ideales e intereses comunes; se trata de cooperación social. La solidaridad así entendida no ofrece problemas con respecto a su institucionalización. Cuando se parte del Estado como organización política y social, están dadas todas las condiciones necesarias para su desarrollo y garantía. La organización estatal es el marco de referencia de esta idea, en ella los sujetos se muestran como entes sociales, como personas; los ciudadanos de los Estados democráticos modernos encontrarán la garantía de sus propios intereses en la *medida* en que se les brinde un espacio libre de actuación, es decir, en la medida en que se les considere como autónomos, y en cuanto se le brinden las condiciones sociales para el desarrollo de dicha autonomía. El Estado Social y Democrático de Derecho no es sólo la condición de garantía del respeto de los demás y sus bienes jurídicos; es también la comunidad solidaria que permite reclamar aquella ayuda que no sólo está dirigida a conservar el statu quo del otro, sino que obliga a mejorarlo, y esto tratándose tanto de relaciones sociales especiales como de aquellas circunstancias caracterizadas por la presencia de una situación de necesidad concreta.

PREVENCIÓN VERSUS SIMBOLISMO EN EL DERECHO PENAL DE LAS BIOTECNOLOGÍAS

por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA*

SUMARIO: I. Excurso: transculturalidad y globalización. 1. Un nuevo escenario para el Derecho de la biotecnología: la globalización. 2. Las bases para un Derecho de la biotecnología transcultural. II. La función del Derecho Penal ante los nuevos riesgos biotecnológicos. 1. Las dificultades del Derecho Penal para satisfacer una función preventiva en relación con la biotecnología humana. 2. La tipificación de delitos orientados al futuro como síntoma de un Derecho Penal meramente simbólico? 3. El Derecho Penal sobre las biotecnologías, más allá de su simbolismo. 4. La satisfacción razonable de la función preventiva del Derecho Penal en relación con la biotecnología humana. 5. Derecho Penal simbólico y técnicas de tipificación penal. 5.1. Identificación o configuración de un bien jurídico digno de tutela penal. 5.2. Acotación del objeto material de la acción. 5.3. Selección de las conductas con merecimiento de pena. 5.4. La elección de la estructura típica. 5.5. La descripción específica de la acción típica. 5.6. La antijuridicidad. 5.7. Las consecuencias jurídicas: proporcionalidad e idoneidad. 5.8. El continente: ley especial versus Código Penal. III. El principio de subsidiariedad penal: manifestaciones en el ámbito de la biotecnología humana. 1. El autocontrol ético o deontológico: su exclusiva función de complementariedad. 2. El control de las administraciones públicas como procedimiento preventivo. 2.1. El intervencionismo de las administraciones públicas. 2.2. Infracciones y sanciones administrativas. 3. La responsabilidad por hechos dañosos o de riesgo. IV. Fundamentos para la intervención del Derecho Penal en la biotecnología humana. 1. La vinculación a los principios de intervención del Derecho penal contemporáneo. 2. La vinculación a la protección de bienes jurídicos. 3. Los nuevos bienes jurídicos comprometidos con las intervenciones genéticas. 3.1.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco (Bilbao, España).

La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano. 3.2. La identidad e irrepetibilidad del ser humano. 3.3. La supervivencia de la especie humana.

I. Excurso: transculturalidad y globalización

1. Un nuevo escenario para el Derecho de la biotecnología: la globalización

En general son ya suficientemente conocidos los reales y virtuales beneficios que pueden propiciar las investigaciones y actuaciones sobre el genoma humano y las innovaciones que aquellos conocimientos pueden generar en el ámbito de la biotecnología. Por lo que se refiere a la biotecnología humana, sus logros se están centrando en dos ámbitos de suma importancia para el ser humano: la salud (procedimientos, diagnósticos y tratamientos) y la reproducción, se halle o no ésta vinculada a problemas de salud (de la pareja o del futuro hijo).

No obstante, la elaboración de procedimientos y productos biotecnológicos y las investigaciones que la sustentan deben ser compatibles con la adopción de precauciones y medidas de seguridad en el manejo de la materia viva, más todavía cuando ésta ha sido objeto de modificaciones genéticas, cuyas interferencias en otros seres vivos, incluido el ser humano, son todavía impredecibles.

Del conjunto de intereses que pueden entrecruzarse en el complejo entramado de la biotecnología humana interesan en este estudio aquellos que guardan una relación más inmediata con algunos derechos fundamentales, en particular con los derechos a la vida y a la integridad física y moral, según vienen proclamados por algunos instrumentos jurídicos internacionales y por las constituciones de algunos Estados. En los ordenamientos jurídicos se reconoce la importancia de que gozan la vida y la integridad de las personas y —con ciertas limitaciones— de los no nacidos (el embrión in vitro y el embrión o feto en gestación) como bienes jurídicos esenciales, por cuya razón deben ser protegidos con la máxima intensidad, tarea que asume principalmente el Derecho Penal, en concreto frente a las agresiones más graves a las que pueden verse sometidos dichos bienes. Por otro lado, la dignidad de la persona, eje personalista sobre el que pivotan y se modulan los derechos hu-

manos y los derechos fundamentales, también puede verse afectada las prácticas de cobayismo al realizar algunas investigaciones clínicas). Sin embargo, la cuestión que suscita mayor interés y al mismo tiempo complejidad consiste en detectar si pueden deducirse nuevos bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, pero en todo caso lo suficientemente relevantes y al mismo tiempo concretos como para que pueda apelarse a los instrumentos jurídico-penales, siempre como *ultima ratio*, para su protección.

Por otro lado, desde el punto de vista de una hipotética intervención del Derecho Penal como instrumento de control de prácticas desviadas de las biotecnologías, deben dejarse sentadas unas características de las mismas, pues pueden ser decisivas no sólo para valorar el sí y el cómo de dicha intervención normativa, sino también para explicarnos las manifestaciones punitivas con que ya contamos en el Derecho Comparado.

En primer lugar, debe apuntarse la velocidad con que se producen descubrimientos y aplicaciones nuevas en este sector, lo que refleja tanto su dinamicidad como la competitividad existente entre los diversos grupos de investigadores, pero también la perplejidad social que producen a la vista de que no pocas de esas novedades ponen a prueba la solidez de las percepciones y valoraciones sociales más extendidas. Esta perplejidad apunta también a la incapacidad de las propias construcciones jurídicas tradicionales para ofrecer, al menos en todos los casos, respuestas eficaces y/o tranquilizadoras.

En segundo lugar, las investigaciones que dan soporte a las novedades biotecnológicas no requieren infraestructuras ni medios materiales excepcionales, pues ni son muy costosos, ni difíciles de obtener; lo decisivo es la cualificación del investigador en el sector específico de que se trate, lo que significa que potencialmente estas actividades podrían realizarse en cualquier país, pues bastaría con que se instalase un grupo reducido de investigadores apoyado por un mínimo de infraestructuras y recursos, con independencia de la potencialidad investigadora que tuviera el país de acogida.

En tercer lugar, las peculiaridades culturales, en particular las tradiciones morales, religiosas y jurídicas, condicionan diferencias relevantes de unos Estados a otros al abordar jurídicamente estas materias.

Sin embargo, al proyectarse sobre las biotecnologías valoraciones que no siempre encuentran un engarce sólido en principios axiológicos previos muy definidos, no es infrecuente que se produzcan cambios de percepción rápidos y que incluso los poderes públicos aporten respuestas miméticas importadas. Paradójicamente, estas divergencias culturales han venido coexistiendo en algunos Estados con la asunción de un pluralismo ideológico por parte de los ciudadanos, pluralismo que en algunos casos se ha encontrado con fuertes resistencias en algunos grupos ideológicos o religiosos para revisar determinadas valoraciones tradicionales—sobre todo las relacionadas con el respeto y protección que merece la vida humana en sus diversas manifestaciones— ante nuevos fenómenos o realidades, por ejemplo, en relación con momentos críticos del comienzo (así, el estatuto ético-jurídico del embrión in vitro) y el final de la vida humana (por ej., la decisión sobre la suspensión de un tratamiento vital). Este cúmulo de divergencias axiológicas o de afrontar nuevas situaciones dificultaba encontrar puntos de encuentro sobre la aceptación o no de algunas novedades biotecnológicas.

Finalmente, debe subrayarse el papel uniformizador que han venido realizando desde hace décadas las construcciones sobre los derechos humanos, que siendo una creación propia de la cultura occidental ha sido aceptada, de mejor o peor grado, por los pueblos de otras culturas de Estados no occidentales. Por lo que se refiere de forma específica a las biotecnologías, existen en este sentido recientes aportaciones que han de estimular ese proceso uniformizador, como son la Declaración de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1997) y sus protocolos correspondientes. En cierto sentido, estos instrumentos jurídicos han contribuido también a la globalización de la Bioética. Resulta llamativo a este respecto que no pocos países que no cuentan con una tradición cultural sobre estas materias ni figuran en la vanguardia de las investigaciones biomédicas hayan adoptado con fervor medidas jurídicas dirigidas, por ejemplo, a proclamar el consentimiento informado como derecho básico de los pacientes o que se hayan apresurado a prohibir la clonación humana reproductiva¹.

¹ Por ej., Perú, Vietnam y China, aunque este último país, sin embargo, se ha apresurado en autorizar la llamada clonación "terapéutica".

En efecto, el Derecho Internacional ha fomentado una perspectiva transcultural en relación con la biotecnología humana. Esta perspectiva transcultural se ha visto favorecida probablemente por la concurrencia de varios factores:

a) En los derechos estatales faltaban referentes éticos y culturales de clara e indiscutible aplicación a los nuevos retos que plantea la biotecnología humana. Significa esto que existen algunos valores (derechos humanos, bienes jurídicos) relacionados con la biotecnología humana que han merecido reconocimiento universal con más facilidad que otros derechos, llamemos más tradicionales (civiles y políticos, relativos a grupos sociales), elaborados con anterioridad, los cuales no siempre han encontrado una correspondencia con ciertas concepciones culturales y éticas de algunas comunidades humanas.

b) El surgimiento y el desarrollo inicial del Derecho de las biotecnologías se ha manifestado por lo general como un *softlaw*, o Derecho no coactivo y sin consecuencias jurídicas fuertes. Probablemente, la excepción más marcada a esta tendencia se refiere precisamente a la biotecnología humana, respecto a la cual se han introducido en el Derecho Comparado diversos delitos cuyas penas son por lo general muy elevadas (p. ej., en relación con la clonación humana reproductiva), lo que ha dado lugar a la discusión sobre el efecto puramente simbólico que podría irradiar el Derecho Penal.

c) Las materias propias de la biotecnología humana que han sido objeto del Derecho Internacional no comprometen la soberanía de los Estados.

Los anteriores factores no sólo han facilitado el desarrollo trans-cultural de algunos principios bioéticos, sino, incluso, a falta de esa integración transcultural, también un proceso de globalización de la Bioética.

2. Las bases para un Derecho de la biotecnología transcultural

Se han realizado esfuerzos por establecer una Ética transcultural evitando al mismo tiempo la imposición de una ética determinada domi-

rente sobre las demás (por ej., la ética occidental, de base cristiana), cuyo proceso discursivo puede ser válido para una reflexión paralela sobre un posible Derecho de las biotecnologías de fundamentos transculturales.

Este objetivo está adquiriendo un creciente interés, dados los acelerados procesos de globalización económica, tecnológica y los riesgos a los que se está viendo sometida la humanidad, incluyendo las dimensiones éticas y jurídicas y, en particular, la Bioética. En esta dirección, la Unesco ha tomado la iniciativa de elaborar y aprobar una "Declaración sobre normas universales de Bioética"², donde posiblemente se incluirán aspectos relevantes de la genética y de la biotecnología humana. Por consiguiente, encontrar los fundamentos de una Ética y un Derecho transculturales es una tarea inaplazable, sobre todo si tenemos presente que otros intentos recientes en el sector de la biotecnología humana no han tenido el éxito deseado.

Un ejemplo patente de que no es una tarea fácil lo muestran, por el momento, los trabajos realizados en el seno de las Naciones Unidas con el fin de aprobar un convenio universal que prohíba tanto la clonación humana reproductiva como la llamada clonación terapéutica. En efecto, mientras que la clonación reproductiva ha merecido un llamativo acuerdo casi universal sobre su prohibición, sin tener en cuenta que podría haber algunos supuestos cuya ilegitimidad no es tan evidente (por ej., si cuando fuera una técnica realmente segura se recurriera a ella con el fin de combatir la infertilidad de una pareja o con el fin de prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia)³, la llamada clonación "terapéutica" se enfrenta a concepciones culturales irreconciliablemente opuestas sobre el respeto y protección de la vida humana en su comienzo y a la presión de la comunidad científica. La tensión dialéctica que ha generado el estatuto ético y jurídico del embrión humano se refleja también en el difícil

² Reunión del Comité Internacional de Bioética de la Unesco, París, 27 a 29-4-2004.

³ Cfr. Grupo de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre la clonación*, Fundación Ciencias de la Salud, Madrid, 1999, ps. 198 y ss.; ROMEO

CASABONA, *¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación/Legal limits on research and its results? The cloning paradigm*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review*, Nº 6, 1997, ps. 21 y ss.

equilibrio, no exento de contradicciones, que trató de mantenerse en el CDHBM, al prohibir la creación de embriones humanos para la experimentación, pero admitiendo al mismo tiempo que puedan utilizarse con estos fines, aludiendo implícitamente con ello a los embriones sobrantes procedentes de las técnicas de reproducción asistida.

Se ha advertido que esta tarea de construir una Bioética y un Derecho de la biotecnología transculturales con aceptación universal comporta el riesgo de caer en un imperialismo cultural, que podría derivarse del hecho constatado a lo largo de la historia de que toda sociedad tiende a imponer sus fundamentos culturales –y sus principios éticos– a las demás⁴. Pero se ha señalado también que debe evitarse el riesgo contrario de caer en un particularismo o comunitarismo, expresiones con las que se quiere aludir a que en realidad los individuos se hallan condicionados en su formación cultural por la comunidad y el entorno social en los que se encuentran, más allá de principios abstractos. Por otro lado, la renuncia a una cierta universalización implica también el riesgo no deseable de quedarnos en un relativismo respecto a los derechos de la biotecnología, de modo que no se podrían identificar ni construir valores y principios de aceptación universal.

De entre las diversas hipótesis que se han manejado para fundamentar esta Ética –y Derecho– transcultural⁵, sobre las que no puedo detenerme en esta exposición, querría destacar aquella que sostiene que una Ética transcultural para que fuera asumible debería tomar como punto de partida los elementos o denominadores éticos comunes a las diversas culturas presentes en el planeta.

Algunos han querido encontrar este punto mínimo común en el principio de reciprocidad. En efecto, para Singer el principio de reciprocidad debería ser la “regla de oro”, que puede encontrarse con diversas formulaciones en todas las culturas, presentes e históricas, y religiones⁶. Sin embargo, ni en la historia (por ej., en la doctrina de Jesucristo, quien predica hacer el bien a quien nos hace el mal, cuando exhorta a poner la otra mejilla para que sea también abofeteada) ni

⁴ SINGER, *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Madrid, 2004, p. 153.
⁵ VALLESPIÁN, *El problema de la fundamentación de una Ética Global*, Madrid, 2004, ps. 111 y ss.

⁶ SINGER, *Un solo mundo. La ética de la globalización* cit., ps. 154 y ss.

en algunas corrientes fundamentalistas actuales (por ej., movimientos radicales de inspiración religiosa, como reconoce el propio Singer) puede apreciarse su aceptación o su respeto, aunque probablemente responda a motivos opuestos. Además, este principio como aglutinador de una ética universal parece muy pobre —aunque ciertamente todavía mantiene su interés en los tiempos actuales—, a la vista de las riquezas culturales alcanzadas por nuestra civilización, en las cuales se pueden apreciar diversos aspectos compartidos.

La teoría de los derechos humanos cuenta con un trasfondo ético de gran calado y de un valor susceptible de universalización innegable, a la vista de la aceptación internacional que han alcanzado los derechos humanos en el Derecho Internacional, gozando ya algunos de ellos de una universalidad no discutida. Sin embargo, la construcción que se ha desarrollado de los derechos humanos tiene en su contra que supone una exaltación del individuo propia de la cultura occidental, frente a las cosmovisiones colectivas de otras culturas (así, por lo general, las de Extremo Oriente, en algunas zonas de África y en las poblaciones indígenas de América Central y del Sur), que con un enfoque holístico sostienen que la creación de una armonía en la comunidad es posible partiendo de las obligaciones que ésta contrae para con sus miembros, y viceversa; es desde la perspectiva de los deberes de la comunidad y para con ella como se conseguirá el respeto de sus miembros.

Sea como fuere, lo cierto es que debe aprovecharse la aceptación universal de la que han venido gozando los derechos humanos y deben seguir siendo tomados prudentemente como punto de referencia para identificar, asumir y compartir universalmente un conjunto de valores éticos juridificados. Además, dado que los derechos humanos no son estáticos, ni aspiran a crear un universo cerrado, sino que, por el contrario, se hallan en constante evolución, acogiendo nuevos derechos en función de las necesidades humanas, constituyen un instrumento muy apreciable para la configuración de nuevos derechos en el contexto de la genética y de las biotecnologías.

Por lo que se refiere en concreto a estas materias y de forma más genérica a la Biomedicina, en las Declaraciones de la Unesco y en los trabajos e instrumentos jurídicos del Consejo de Europa encontramos ya el núcleo de un conjunto de valores compartidos que han

cristalizado en nuevos o renovados derechos humanos. Especialmente en las Declaraciones de la Unesco se aprecia también un deslizamiento muy elogiable hacia perspectivas más colectivas de los derechos humanos, como ocurre con la sensibilidad por proteger los intereses de las generaciones futuras (Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, 1997) y con la solidaridad entre los pueblos (Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, 1997).

Por consiguiente, y aunque ahora sólo puedan ser meramente enumerados, el reto de nuestro tiempo es que la globalización ética se produzca en un marco de transculturalidad que acoga la aceptación universal de ciertos valores y derechos compartidos que puedan dar las respuestas que exigen los retos de un mundo globalizado. Para proseguir por este camino es preciso saber conjugar la dimensión individual con la colectiva de los principios y derechos que deberían constituirse o reforzarse como instrumental axiológico y de convivencia para las próximas décadas.

Aunque la lista sería interminable, voy a limitarme a mencionar aquellos que considero imprescindibles para la dimensión de la globalización. Prescindiré, por consiguiente, de la referencia a determinados derechos civiles y políticos, incluso sociales, reconocidos por declaraciones o tratados universales, pero también de aquellos que más específicamente constituyen el núcleo de los derechos relacionados con la biotecnología, como son que el genoma humano es un patrimonio común de la humanidad, los derechos a la integridad y a la identidad genéticas, todos ellos como características de la especie, así como el derecho a la protección de los datos genéticos personales, etcétera. Estos derechos han merecido reconocimiento incluso en las constituciones políticas de algún Estado⁷.

Entiendo que constituyen la base mínima irrenunciable de nuestra civilización los principios de responsabilidad (Jonas)⁸, solidaridad, jus-

⁷ Así las Constituciones de Portugal (1997, art. 26.3), Suiza (1999, art. 119, aunque no aparecen configurados como derechos, sino como competencias exclusivas de la Confederación) y Grecia (2001, art. 5.5).

⁸ JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1984.

ticia (Rawls), equidad, tolerancia (Arthur Kaufmann)⁹, no discriminación y responsabilidad hacia las generaciones futuras¹⁰. Estos principios o derechos tienen el valor añadido de que presentan dimensiones tanto individuales como colectivas, es decir, son derechos predicables tanto de los individuos como de los grupos o de las colectividades. De todos modos, en esta exposición no voy a diseccionar el contenido de cada uno de ellos, bien por ser ya muy conocidos o, por el contrario, porque presentan una complejidad tan profunda que merecen cada uno de ellos un estudio monográfico.

A pesar de su importancia, debemos ser conscientes de que son principios o derechos que no siempre son compartidos por todas las culturas, y que incluso en la cultura occidental apenas si se están abriendo camino algunos de ellos, al menos como normas jurídicas. Sin embargo, la imparable extensión y profundización del fenómeno de la globalización requiere buscar contrapesos y equilibrios frente a los gravísimos riesgos que podrán derivarse de omnímodas fuentes de poder no controlables por los Estados ni por la Comunidad Internacional con sus recursos actuales. Precisamente la biotecnología constituye una de las más atractivas tentaciones para pretender sobrepasar cualquier límite, cualquier control, y los derechos humanos pueden ser un instrumento adecuado para ello, al menos como un primer paso.

He dejado para una breve reflexión aparte la dignidad de la persona. No cabe duda de su origen occidental, como seña de identidad del pensamiento kantiano, y que, sin perjuicio de que pueda ofrecer otras perspectivas diferentes de aquella, incluida la colectiva (así, en relación con la dignidad de los pueblos), constituye el paradigma del protagonista del valor superior del individuo en la vida colectiva. Es indudable que ha ido ganando aceptación ya casi como un principio universal, sin que por lo general se considere que sea un derecho fundamental¹¹,

⁹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, trad. de L. Villar Borda y A. M. Montoya, Santa Fe de Bogotá, 1999.

¹⁰ Sobre algunos de estos derechos o principios véase ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002.

¹¹ Cfr., no obstante, la Constitución alemana, que califica la dignidad humana como un derecho fundamental (art. 1º).

sino una cualidad inherente al ser humano que se proyecta jurídicamente sobre los concretos derechos fundamentales. Su relevancia como límite y dique contra los potenciales abusos de la biotecnología en el ser humano es de primer orden¹², al comportar la prohibición de utilizar al ser humano —a cualquier ser humano— como instrumento y no como un fin en sí mismo. Por desgracia, el recurso a la dignidad de la persona ha sido no pocas veces excesivamente frecuente y abusivo en relación con numerosos avances de las ciencias biomédicas, utilizándolos contra ellos como argumento de autoridad. Con este proceder se ha eludido el diálogo y la posibilidad de facilitar puntos de encuentro y de consenso. A pesar de esta servidumbre, considero que debe profundizarse en el concepto y en el contenido de la dignidad de la persona humana, pues pienso que todavía pueden ser muy ricas sus aportaciones en el campo de la biotecnología humana, siempre que se utilice con ponderación y lealtad a su sentido verdadero.

II. La función del Derecho Penal ante los nuevos riesgos biotecnológicos

1. Las dificultades del Derecho Penal para satisfacer una función preventiva en relación con la biotecnología humana

Se ha puesto en duda la conveniencia e, incluso, la eficacia misma del recurso del Derecho Penal para hacer frente a los comportamientos indeseables socialmente que pueden derivarse de las biotecnologías. Esta discusión habría que situarla en otra más amplia en la que se discute la legitimidad de la intervención del Derecho Penal para hacer frente a los nuevos peligros y riesgos vinculados con actividades más complejas en la vida social¹³; la actividad económica y financiera, que

¹² CORTINA, *Una ética transaccional de la responsabilidad*, p. 29.

¹³ Denuncian la inoperatividad del Derecho Penal en relación con las nuevas manifestaciones de la criminalidad, propugnando la permanencia de un Derecho Penal "nuclear", y proponiendo para aquella una tercera vía, menos garantista pero también de consecuencias jurídicas menos graves, la llamada "Escuela de Frankfurt". Así, HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, en ZRP, 1992, ps. 378 y ss.; el mismo, *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, en *Straßen in*

se ampara en organizaciones criminales opacas en las cuales es im- posible determinar las personas físicas responsables; las actividades industriales y biotecnológicas, con sus aparentemente imprevisibles riesgos para la vida y la salud humana y el medio ambiente; la expansión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, etcétera.

La percepción de que en relación con muchas de estas actividades es difícil perfilar bienes jurídicos concretos, los cuales presentarían unos contornos más vagos o imprecisos, en especial si son de carácter colectivo (bienes jurídicos difusos); de que lo que se pretende es pre- venir conductas de mero e indeterminado riesgo y no de lesión para los bienes jurídicos, alejando así al Derecho Penal del principio de lesividad; de que en realidad se ha convertido así en un Derecho Penal de mera gestión punitiva de riesgos generales, y en esa medida, se habría "administrativizado"¹⁴, pues estas funciones corresponderían al Derecho Administrativo. Todo ello ha dado lugar a que se haya re- chazado que el Derecho Penal sea el instrumento adecuado para pre- venir los nuevos riesgos a los que se están viendo sometidas las so- ciedades posmodernas. Con esta forma de proceder el Derecho Penal carecería de efectividad preventiva, quedaría relegado a una mera fun- ción simbólica y perdería con ello su legitimidad¹⁵.

Este discurso despenalizador insiste en que los caminos que hay que transitar en los sectores indicados más arriba—por consiguiente, también en la biotecnología humana—son muy diferentes: controles sociales, formales y no formales, de muy diversa naturaleza y recursos

Rechtssystem, Baden-Baden, 2000, p. 271; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risiko-gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993; así como algunos trabajos de la obra editada por el Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 100.

¹⁵ Sobre esta discusión en la actualidad, véase ampliamente ARROYO ZAPATERO, NEUMANN y NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

jurídicos vinculados fundamentalmente al Derecho Administrativo, de modo que quedaría un espacio muy angosto para el Derecho Penal, incluso ninguno, para las posiciones más firmes.

A continuación voy a ocuparme, brevemente también, de cómo han influido en el legislador los procesos recientes de transculturalidad y globalización; de si las anteriores críticas son asumibles en relación con la intervención del Derecho Penal para prevenir determinados comportamientos vinculados específicamente con las biotecnologías y, a partir de ahí, de los instrumentos jurídicos de protección así como de las reacciones jurídicas que ofrece o debería ofrecer el ordenamiento jurídico, recapitulando al mismo tiempo los bienes jurídicos que constituyen lo nuevo en relación con la ingeniería genética y la biotecnología humanas.

2. ¿La tipificación de delitos orientados al futuro como *síntoma de un Derecho Penal meramente simbólico*?

La valoración de la oportunidad de la intervención del Derecho Penal (merecimiento y necesidad de pena) en el ámbito de la biotecnología humana y, sobre todo, de si puede cumplir realmente una función preventiva eficaz, no se limita a las dificultades que comparte con otras actividades propias de la sociedad postindustrial, como son la identificación de los bienes jurídicos que pueden verse afectados de la forma más precisa posible; el problema tampoco radica tan sólo en la descripción practicable de los comportamientos punibles que habrían de incorporarse al tipo penal correspondiente y la idoneidad de los procedimientos tradicionales de imputación en estos nuevos ámbitos. En relación con las biotecnologías se añade un problema específico, nada irrelevante por lo demás.

En efecto, numerosas manipulaciones genéticas que describe la literatura científica se admiten como posibles desde una perspectiva teórica o hipotética, pero todavía no son técnicamente realizables¹⁶, lo que suscita la cuestión de si esa función preventiva debe adelantarse

¹⁶ Sobre lo que sigue, ver ROMEO CASABONA, *Del gen al Derecho*, Serv. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1996, ps. 431 y ss.; el mismo, *Límites penales de la manipulación genética*, ps. 184 y ss.

incluso a la manifestación misma de tales hechos. Esta peculiaridad puede ser origen de una posible objeción a la intervención del Derecho Penal en este ámbito, creando "tipos penales dirigidos al futuro", cuyo peso no es pertinente obviar, puesto que supone la incriminación de conductas que en el momento de la promulgación de la ley no son susceptibles de realización. ¿Cómo puede prevenirse la realización de una acción que es irrealizable per se, podría objetarse? No es el ejemplo más evidente de ineficacia del Derecho Penal el de aportar una respuesta sustitutiva—por ejemplo, para tranquilizar a la sociedad ante las percepciones de temor que pueden suscitar las biotecnologías—a un problema que *tal vez* pueda plantearse en el futuro?

A la vista de lo anterior la cuestión controvertida se refiere pues a si el Derecho Penal no quedará supeditado a cumplir tan sólo una mera función simbólica antes que preventiva¹⁷, renunciando de este modo a su efectividad, con las consecuencias de la pérdida de la confianza de los ciudadanos en su función protectora y de que carezca de legitimidad. En efecto, se ha señalado que si bien de modo inmediato "la legislación simbólica, con su estigmatización de la conducta correspondiente y la cualificación del bien de que se trate, constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho Penal de connotación 'educativa' o 'ético-social' [...] puede considerarse ya que las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del ordenamiento jurídico", pues en aquélla se hallan ausentes las funciones preventivas que habrían de legitimarlo¹⁸.

¹⁷ Cfr. DIEZ RIPOLLES, *El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena*, en AP, 2001, ps. 16 y ss., quien denuncia este carácter respecto al delito de clonación; GARCÍA GONZÁLEZ, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Ederesa, Madrid, 2001, ps. 228 y ss., donde muestra cierto escepticismo sobre la idoneidad de la vía penal; LUZÓN PENA, *Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética*, en ROMEO CAsABONA (ed.), *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2001, ps. 49 y ss. (considera que este efecto es evitable en estos delitos).

¹⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 306.

También ha sido objeto de crítica el recurso a la sanción penal de estas conductas, en este caso por su falta de eficacia, por la previsibilidad de estas conductas no va a ser descubierta por lo general y en consecuencia tales conductas no podrán ser perseguidas judicialmente, dado que los potenciales autores pertenecen a la comunidad científica y los hechos van a quedar resguardados en la reserva de los laboratorios.

3. *El Derecho Penal sobre las biotecnologías, más allá de su simbolismo*

Debe aceptarse como punto de partida que el Derecho Penal comporta siempre un contenido y proyección simbólicos, al expresar el rechazo y desaprobación social que merecen las conductas incluidas en la ley como delito. Incluso no me parece objetable la función educativa y ético-social del Derecho Penal que se le vincula como parte de su efecto simbólico¹⁹. Al contrario, éste es un efecto que irradia de la propia norma penal, en su vertiente de norma de valoración (positiva, en relación con los bienes jurídicos objeto de protección; negativa, en relación con las conductas que pueden atentar contra aquéllos, al haber sido tipificadas penalmente), sin que por ello se abandone o se pierda su faceta primaria preventiva, pues es un procedimiento de promoción de acciones de respeto a los bienes jurídicos y por ello no se aleja de la función del Derecho Penal concebida todavía en lo esencial como de protección de bienes jurídicos²⁰.

También es cierto que no debe ser ésta la única o principal función del Derecho Penal, de modo que el legislador sienta cumplida su misión con la sola configuración y aprobación de nuevos tipos penales, a pesar de la conciencia de la inoperatividad e ineficacia de la ley penal. Su tarea principal consiste en prevenir los más graves ataques a bienes jurídicos de relevante valoración social, incluso aunque éstos aparentemente queden relegados a un segundo plano, como ocurre con los delitos de peligro abstracto o de acción peligrosa, en los cuales la

¹⁹ Recuérdense a este respecto las objeciones recogidas más arriba opuestas por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* cit., p. 306.
²⁰ CERREZO MIR, PG I, p. 15; ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 3. Aufl., C. H. Beck, München, 1997, p. 19 y s.

protección de aquellos es la *ratio legis*, pero en los que la adecuación de la acción al tipo no requiere ni la lesión ni la puesta en peligro de los mismos²¹. Como ha señalado acertadamente Hasssemer, la cuestión que se plantea en realidad no es si el Derecho Penal ha de tener o no efectos simbólicos, sino hasta dónde es aceptable que lleguen tales efectos²². «Simbólico» en sentido crítico es por consiguiente un Derecho Penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifestistas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos, fuera de los descritos en ella²³. Dicho de otro modo, únicamente nos encontraremos ante unos efectos simbólicos rechazables cuando dominan en la intervención penal otros efectos no confesados o no advertidos conscientemente por el legislador distintos a los preventivos de protección de bienes jurídicos frente a determinadas agresiones.

Por consiguiente, la pregunta es si en el ámbito de las biotecnologías es posible construir nuevas figuras delictivas a través de las cuales el Derecho Penal pueda satisfacer razonablemente su función preventiva, sin que se superpongan de forma predominante otros aspectos o intereses «simbólicos». Desde luego, es preciso diferenciar dos planos para obtener respuestas aceptables a la anterior pregunta. En primer lugar, debe resolverse desde el estudio de las propuestas de reforma legislativa (perspectiva de *lege ferenda*), a la vista de la política criminal que se haya asumido previamente en relación con las biotecnologías, si realmente es posible cumplir la función manifiesta de proteger bienes jurídicos, lo que comporta la identificación de los mismos y de las conductas idóneas para lesionarlos. En segundo lugar, deben contrastarse las conclusiones que se obtengan de las anteriores reflexiones con las plasmaciones legislativas reales de estos delitos que nos ofrece el Derecho Comparado, lo que permitirá comprobar si el escepticismo que pueda existir sobre la eficacia del Derecho Penal en relación con las biotecnologías reside más bien en un defectuoso abordaje por parte

²¹ ROXIN, *Strafrecht*, AT, I cit., p. 19.

²² En este sentido HASSEMER, *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, cit., p. 24.

²³ HASSEMER, *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, cit., p. 24.

del legislador (perspectiva *de lege lata*). Con tal propósito se presentan asimismo más abajo los aspectos que son relevantes para una correcta tipificación. Dejaré para apartados posteriores las propuestas personales sobre las pautas para la intervención del Derecho Penal y el diseño de algunos bienes jurídicos.

4. La satisfacción razonable de la función preventiva del Derecho Penal en relación con la biotecnología humana

Puede en efecto asumirse, sin que ello comporte en principio motivo alguno de objeción, que la vertiente simbólica del Derecho Penal se acrecienta considerablemente con la introducción de delitos como los relacionados con la biotecnología humana, y la novedad para el Derecho Penal radica precisamente en que se trata de conductas todavía no realizables en todos los casos, pero que el legislador ha identificado como especialmente graves en el futuro. A este respecto indica con acierto Mantovani que corresponde al jurista no sólo racionalizar el presente, sino también programar el futuro, puesto que el acelerado progreso de la Biomedicina tiende siempre a transformar el "futurible" en "futuro" y el "futuro" en "presente"²⁴. Siendo acertado el diagnóstico en esta materia de la Biomedicina, y estar justificada entonces la ponderación del recurso a los instrumentos jurídicos, incluidos los penales, el problema radica en saber anticipar qué acontecimientos científicos que se adivinan como posibles van a experimentar una evolución en esa dirección y a partir de qué estado del avance científico debiera intervenir entonces el Derecho Penal.

El Derecho Penal no se limita a irradiar ese efecto en relación con las biotecnologías, pues no está desprovisto de un relativo y razonablemente importante significado preventivo²⁵, en cuanto se incriminan conductas especialmente graves y peligrosas para bienes jurídicos especialmente importantes, y la potencialidad efectiva de que dichas conductas sean practicables en el futuro es asimismo razonablemente pre-

²⁴ MANTOVANI, *Manipolazioni genetiche*, en *Digesto*, vol. VII, *Penale*, 40ª ed., Utet, Torino, 1993, p. 6.
²⁵ LUZÓN PENA, *Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética* cit., 49 y ss.

visible, potencialidad que indudablemente constituye un mínimo irrenunciable para que la intervención punitiva esté legitimada. Por consiguiente, no es descartable en cuanto tal la creación de delitos dirigidos al futuro. Esta afirmación es compatible con la observación de que por la propia naturaleza de estas técnicas al Derecho Penal le corresponde en este sector una función más modesta o limitada²⁶, sobre todo en comparación con las funciones de control preventivo que atañen a diversos agentes sociales, en particular a través del Derecho Administrativo, sin olvidar la utilidad multidimensional que puede extraerse del principio de precaución²⁷.

Recuérdese a este respecto que la Asociación Internacional de Derecho Penal llegó a la conclusión en su Congreso celebrado en Viena en 1989 de la conveniencia de introducir algunos delitos relativos a la manipulación genética y a la clonación reproductiva²⁸, en un momento en el que ni siquiera la comunidad científica se planteaba como practicable sobre mamíferos la técnica que unos años más tarde dio lugar al nacimiento de la oveja Dolly (la transferencia del núcleo de una célula somática a un óvulo previamente enucleado). En relación con otros delitos más tradicionales que no son cometidos nunca o lo son muy raramente, no se duda (como ocurre, por ej., con los delitos contra la seguridad exterior del Estado, cuya comisión, no obstante, si es hipotéticamente posible), sin embargo, de la importante tarea preventiva que corresponde al Derecho Penal.

En cuanto a la afirmación relativa a la impunidad de que gozarán los autores de estos hechos en virtud de su desconocimiento mismo por parte de las autoridades competentes para su detección y persecución, delata el escaso conocimiento de cómo se desenvuelven los científicos del sector, que se hallan presionados para dar a la luz pública

²⁶ ROXIN, *Strafrecht*, 47, I cit., p. 22.

²⁷ Ver ROMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal, en Modemas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, ps. 77 y ss.; ROMEO CASABONA (ed.), *El principio de precaución*, Cátedra Interuniversitaria BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2004.

²⁸ Ver AIDP, *Droit Pénal et techniques biomédicales modernes*, en RDPC, 1988.

los logros de sus trabajos antes de que otros científicos se les adelanten, y que de estos resultados puede depender que adquieran notoriedad, reconocimiento y con ello prestigio y la posibilidad de obtener apoyos para poder continuar con sus investigaciones. Si bien es posible que los pasos previos de la investigación resulten desconocidos (por ej., manipulando gametos o, incluso, embriones humanos obtenidos in vitro), no es razonable pensar que los resultados vayan a permanecer para siempre encerrados en la más absoluta ocultación, pues en los resultados se encuentra la prueba más fehaciente del "éxito" científico logrado.

He aquí, en conclusión, la advertencia que dirige el Derecho Penal, de que en adelante las investigaciones o, más correctamente, determinadas aplicaciones biotecnológicas fruto de la investigación no deben discurrir en una determinada dirección o con ciertos propósitos, sin que ello signifique una criminalización general de la investigación en este sector, pues encuentra su marco adecuado—de licitud, para ser más exactos—en el conjunto del ordenamiento jurídico y en particular en las disposiciones normativas no penales que la regulan específicamente²⁹.

La clonación humana reproductiva ofrece un claro ejemplo de eficacia preventiva—al menos aparente—, dado que tanto su prohibición penal como su rechazo institucional y social generalizado han provocado que quienes afirman que están en condiciones técnicas de practicarla en el ser humano, habiendo sostenido incluso haber utilizado ya con éxito esta técnica, oculten los verdaderos hechos que pretenden realizar o que sostienen haber realizado y siempre señalan como lugar de su ejecución un territorio inmune a cualquier forma de persecución (por el momento y a la vista de las importantes dificultades técnicas que presenta la clonación en el ser humano, más que de una infracción de este tenor, quienes se autoproclaman como autores estarían probablemente cometiendo un delito de estafa, que tendrían como sujetos pasivos a sus crédulos benefactores y posibles clientes).

²⁹ Así, en el Derecho español, el art. 20 de la Constitución, y las Leyes 35/1988—reformada por la Ley 15/2003—y 42/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, y sobre la utilización de embriones y fetos humanos, de sus células, tejidos u órganos, respectivamente.

Desde una perspectiva global no parece que a la vista de los delitos introducidos por los legisladores de los países más representativos hayan vulnerado las exigencias mínimas de intervención del Derecho Penal, al menos no lo ha sido de forma relevante. De todos modos, el Derecho Comparado nos ofrece ejemplos en los que se aprecia una falta de rigor censurable por parte de los legisladores, evidenciando así no sólo el más absoluto desconocimiento del trasfondo científico de los hechos que han sido objeto de persecución penal, sino al mismo tiempo una carencia de la mínima técnica legislativa, habiendo prescindido de las más elementales reglas que dicha técnica exige.

Así, en ocasiones se ha rebasado palmariamente el límite de mínima intervención: en Alemania (Ley de 1990), Brasil (Ley de 1995) y Francia (Ley de 1994), en cuyas leyes se han introducido figuras delictivas relacionadas con estas materias. Queda al margen de esta valoración la enorme amplitud comprensiva a la que obliga en principio la defectuosa redacción de algunos tipos penales, como ocurre con los delitos de manipulación genética en sentido estricto del CP español o el de clonación reproductiva del CP peruano, de lo que me ocuparé más abajo. Por el contrario, los mismos objetivos político-criminales que presumiblemente han llevado a los legisladores de diversos países a introducir estos delitos tenían que haberles conducido a la incorporación como delitos de algunas conductas que continúan relegadas como infracciones administrativas o que no constituyen ilícito alguno. Pero también de esta cuestión me ocuparé en el epígrafe siguiente.

5. *Derecho Penal simbólico y técnicas de tipificación penal*

Si bien hemos llegado a la conclusión de que el Derecho Penal preventivo es compatible con la punición de algunas conductas relacionadas con las manipulaciones genéticas en el ser humano cuya reproducción va a ser difícil y que incluso puede llegarse a la incriminación de hechos que ni siquiera son todavía realizables, pero que con toda probabilidad lo serán en el futuro, la respuesta definitiva a favor o en contra de la existencia de estos delitos queda pendiente de la valoración de cómo los plasme el legislador en el texto legal. Quiero referirme con esta observación —y lo haré muy brevemente— a las técnicas le-

gislativas de tipificación, asunto cuyo estudio ha sido poco explorado por la doctrina y apenas apreciado por el legislador y por el prelegislador³⁰.

A pesar de las dificultades que pueda entrañar la configuración de nuevos delitos en el ámbito de las biotecnologías, el legislador no puede renunciar a proceder con la máxima escrupulosidad. Precisamente, la espectacularidad y la alarma que producen en la opinión pública el mero anuncio de algunas conductas relacionadas con la biotecnología ha provocado en más de una ocasión que el legislador haya reaccionado de forma inmediata, en ocasiones sin saber qué es lo que debía prohibir y sancionar, sin percibir —ni tal vez preguntarse— cuál podría ser el interés —bien jurídico— por el que había que velar, y conformándose con tranquilizar a la comunidad (efecto simbólico del Derecho Penal en su acepción más estricta).

La efectividad preventiva de estos delitos, su justificación política-criminal y que pueda tacharse o no a los mismos por su efecto meramente simbólico dependerán, en último extremo, de que se hayan satisfecho correctamente en su tipificación unas premisas de técnica legislativa³¹. En consecuencia, el legislador deberá ajustarse a una serie de principios, que enumero brevemente a continuación.

5.1. Identificación o configuración de un bien jurídico digno de tutela penal

El bien o bienes jurídicos que se desean proteger han de haber sido identificados previamente con toda nitidez. Esta tarea es imprescindible, pues constituye el único modo de establecer qué es lo que se quiere proteger y la tipificación oportuna habrá de atender a este objetivo en

³⁰ Se ocupan de esta cuestión, desde perspectivas e intereses diferentes, DIEZ RIPOLLES, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003; SÁNCHEZ LAZARO, *¿Cómo se elabora una propuesta "de lege ferenda"? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales*. Primera parte. *Tipicidad* (en prensa).
³¹ Sobre ello ver ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano* cit., ps. 227 y ss.; GARCÍA GONZÁLEZ, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética*... cit., ps. 189 y ss.; JORGE BARREIRO, *Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto*, en ROMEO CASABONA (ed.), *Genética y Derecho Penal*... cit., ps. 63 y ss.

el momento de describir las conductas que se pretendan prohibir: sólo cuando aquél aparece configurado es posible prever qué conductas pueden presentarse sin incurrir en exageración que la configuración de bienes sostenerse lo suficientemente concretos y perfilados, como encarnación de valores sociales asumidos en un momento histórico determinado, es uno de los principales retos a los que se enfrenta el Derecho en la actualidad. Del éxito o fracaso de este objetivo dependerá a su vez en gran medida el éxito o fracaso del Derecho como instrumento regulador de la biotecnología y protector en relación con ella, en su caso.

Al mismo tiempo es preciso identificar la titularidad, individual o supraindividual, de esos bienes jurídicos.

Consecuencia de la determinación del bien jurídico será la identificación de los demás delitos que comparten la protección del mismo o semejante bien jurídico y paralelamente la ubicación sistemática del nuevo delito, que deberá agruparse con aquellos con los que comparte esa identidad o proximidad de bienes jurídicos, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la conveniencia de incluir estos delitos en leyes penales especiales. Aun en el caso de que no fuera posible encontrar un cierto parentesco de estas características, se podrá atender a la titularidad del bien jurídico como criterio complementario para esta ubicación en el texto legal.

La defectuosa ubicación de los delitos, agrupados en un mismo título, a pesar de poder identificarse bienes jurídicos diversos, se encuentra en el CP español de 1995: junto a la integridad genética (art. 159) encontramos la seguridad del Estado frente a la producción de armas biológicas por medio de la ingeniería genética (art. 160), pasando por la libertad procreativa en relación con el delito de utilización de técnicas de reproducción asistida no consentidas (art. 162). Tampoco parecía acertada la previsión del *Schema di Delega Legislativa* de 1992 para un nuevo CP en Italia, de incluir un título bajo la rúbrica de *Delitos contra la dignidad humana*, donde figuraban los delitos de manipulación genética, pues aparte de que se agrupaban delitos muy heterogéneos desde otra forma de entender los diversos bienes jurídicos afectados, la dignidad humana como bien jurídico autónomo adolece de una excesiva inconcreción y amplitud.

5.2. Acotación del objeto material de la acción

Ha de ser fijado asimismo el objeto material de la acción, con el fin de acotar mejor las modalidades diversas que puede presentar la acción objeto de tipificación penal.

El objeto material de la acción no está bien definido en el delito relativo a la manipulación genética del CP español (art. 159.1: "Serán castigados [...] los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo"). ¿A qué genes humanos se refiere, esto es, sobre qué genes humanos ha de recaer la acción típica? ¿A quién pertenecen esos genes?

De semejante naturaleza es la cuestión respecto a qué debe entenderse por "embrión" en el sentido de la Ley alemana de protección de embriones ("Por embrión en sentido de esta Ley se entiende el óvulo humano fecundado capaz de desarrollo desde el momento de la fusión de los núcleos, de modo que las células totipotentes tomadas del embrión pueden dar lugar al desarrollo de un individuo, siempre que concurren las demás condiciones necesarias para ello", parágr. 8). La duda que surge entonces es si en esta definición puede considerarse incluida la llamada clonación terapéutica, en cuanto que no requiere una reproducción sexual, es decir, la fusión de los gametos masculino y femenino en el laboratorio.

5.3. Selección de las conductas con merecimiento de pena

Debe, asimismo, procederse a la selección de las conductas con mayor potencialidad lesiva para esos bienes jurídicos. En efecto, el desconocimiento que suele existir sobre los hechos relacionados con las biotecnologías puede generar con mayor facilidad una confusión sobre las características y potencialidades de esos hechos, lo que puede dar lugar a que se exagere la importancia lesiva de unos o a que se menosprecie la peligrosidad intrínseca de otros y a que no se evalúe con corrección la posibilidad real de que ciertos hechos sean técnica-mente practicables en un futuro no muy lejano.

Por otro lado, es necesario prevenir el riesgo de que la descripción de la acción típica y de sus modalidades se encuentre demasiado ceñida

El siguiente paso viene establecido por la opción de la técnica de

5.4. La elección de la estructura típica

a un procedimiento técnico determinado, dejando fuera otros que puedan incorporarse en el futuro, en un difícil equilibrio con la seguridad jurídica (principio de taxatividad). Un procedimiento opuesto, pero que puede producir efectos similares de ineficacia, es optar por una regulación casuística y prolija en extremo, lo que sería igualmente censurable.

En efecto, en algunos casos se comprueba que ciertas novedades técnicas pueden comprometer la validez de la descripción de la parte objetiva del tipo. Así ocurre con la creación de embriones por la técnica de transferencia de núcleos sin fines reproductivos (pues si éste fuera el propósito del autor habría que trasladarlo al delito de creación de seres humanos por clonación). En efecto, en los CP español y del Distrito Federal de México se indica que constituye delito la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana (arts. 161.I y 154.II, respectivamente). Pues bien, es discutible que un embrión clónico obtenido mediante la referida técnica de transferencia nuclear puede considerarse como la fecundación de un óvulo, práctica que requiere, en su sentido propio, que un espermatozoide penetre en un óvulo, lo fecunde (en resumen, mientras que la clonación es una forma de reproducción asexual, en cuanto que no participan los dos gametos, masculino y femenino, la palabra fecundación aludiría a la reproducción sexual). Es cierto que en todo caso el fin de protección de la norma consiste en impedir que los embriones humanos puedan ser creados con fines no reproductivos (por ej., para investigación o para fines industriales), pero la duda que se suscita sobre si el texto de la ley abarca cualquier procedimiento de creación de embriones humanos, incluida la clonación, no se compadece bien con las exigencias del principio de legalidad en materia penal. Otro ejemplo viene constituido por la definición de embrión en la Ley alemana de 1990, ya comentada, pues en ella se aprecia un posible desfase con la posibilidad de obtener un embrión mediante transferencia nuclear, la cual fue descubierta con posterioridad a la promulgación de dicha Ley.

tipificación oportuna en relación con los hechos cuya comisión se quiere prevenir y con el nivel de intervención punitiva, más o menos adelantada. Este análisis conducirá al legislador a elegir si el tipo se estructura como de resultado (de lesión o de peligro) o, por el contrario, de simple o mera actividad, sin conexión a ningún resultado (delitos de peligro abstracto o de peligrosidad).

Como es sabido, el recurso a unas u otras clases de tipificación vendrá determinado tanto por consideraciones político-criminales, basadas en el adelantamiento de la intervención del Derecho Penal, como por razones estructurales, cuando sea problemática la prueba de una relación causal con el resultado. Este último motivo puede hacer más adecuados los delitos de peligro abstracto o la configuración de delitos de omisión (puros de omisión o de comisión por omisión) en relación con las biotecnologías y otras actividades sobre las que existe un escaso conocimiento sobre sus diversos procesos, pues con ellos se obvia la cuestión de la causalidad. No obstante, desde planteamientos preventivos no son objetables estos delitos, pues son susceptibles de seguir orientados hacia la protección—cierto, menos evidente por lo que se refiere a los delitos de peligro abstracto—de bienes jurídicos. Lo problemático puede consistir entonces en que se combine esta decisión político-criminal con la configuración de bienes jurídicos excesivamente vagos e inaprensibles.

La tipificación como delito de meras infracciones procedimentales, por tanto muy lejanamente lesivas para bienes jurídicos, se aprecia en el CP francés.

También adolece de un incorrecto enfoque del bien jurídico protegido y, en consecuencia, de la descripción de conductas y resultados típicos, la legislación penal brasileña (Ley 8974 de 1995, sobre la utilización de técnicas de ingeniería genética), pues acoge resultados que ya lo son por los delitos de homicidio, aborto y lesiones, los cuales, por lo demás, difícilmente podrían derivarse de las acciones que han sido tipificadas (ver art. 13, I, II y III).

En la parte subjetiva de la estructura típica habrá que decidir si se incriminan las conductas imprudentes, de acuerdo con el principio de su castigo excepcional. Y en relación con el tipo doloso habrá que valorar la oportunidad de incluir algún elemento subjetivo de lo injusto,

pues tiene un efecto ambivalente. En efecto, su presencia en el tipo limita el ámbito de las conductas punibles, pues a los demás requisitos del tipo habrá que añadir la concurrencia en el caso concreto y, por consiguiente, su prueba, lo cual tampoco será fácil. Pero, por otro lado, suele comportar la no necesidad de la presencia objetiva de un determinado resultado, al cual va dirigida la voluntad del sujeto activo, pero no es preciso para que el delito exista demostrar que dicho resultado se produjo efectivamente.

5.5. *La descripción específica de la acción típica*

Habrà que comprobar si el tipo construido resulta comprensible para los potenciales destinatarios de la norma: la conducta prohibida u ordenada deberá ser clara.

Este es, precisamente, uno de los defectos de los que adolecen con mayor frecuencia los delitos relacionados con las biotecnologías.

Tampoco es compatible con el principio de legalidad, en este caso por no respetar las exigencias de taxatividad en la descripción de la conducta prohibida, la amplitud que comporta la realización de "procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos" (art. 154.III, 2º inc. del CP del Distrito Federal de México), sin determinar cuáles puedan ser éstos o sin remitir a una norma que establezca cuáles son ilícitos y cuáles ilícitos. De no existir la norma extrapenal de remisión (como así parece suceder en el D. F. de México), ésta sería vacía y el delito resultaría inaplicable.

Falta de claridad o incorrección en la delimitación del supuesto de hecho desde el punto de vista técnico la encontramos en el CP español (art. 159.1, ya citado; art. 161.2: "Con la misma pena [prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años] se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza"; no se sabe si se incluye una sola conducta o dos alternativas), en el CP colombiano de 2000 (art. 132, redactado en términos muy similares al delito español citado del art. 159 y, por consiguiente, con semejantes problemas, a pesar de que introduce alguna cláusula aclaratoria; en cambio, en el art. 133, sobre la clonación

reproductiva, despeja las ambigüedades señaladas respecto al delito equivalente del CP español, en el que también se inspira), en el CP del Distrito Federal de México de 2002 (art. 154.I, en los mismos términos que el art. 159 del CP español) y en el CP peruano (art. 324: "Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4º y 8º"³²; denota un desconocimiento por parte del legislador de los procedimientos conocidos de clonación, pues en puridad ninguna de las técnicas actuales requiere ninguna forma de manipulación genética).

5.6. La antijuridicidad

Los supuestos que excepcionalmente puedan estar autorizados, es decir, que sean lícitos, han de hallarse muy nítidamente descritos por la ley. Normalmente el ámbito de licitud vendrá establecido por una ley extrapenal, aunque también puede estar fijado por el propio precepto penal. Cuando la norma penal remita a una norma extrapenal habrá de procederse de tal modo que sea fácilmente identificable la ley de destino y quede bien delimitado el ámbito de licitud de remisión. En el sector de la biotecnología humana puede ocurrir que no quede ningún margen de licitud para la acción típica, con la consecuencia de que la adecuación típica del hecho comportará ya la antijuridicidad del mismo. Así ocurre, por ejemplo, con la clonación humana reproductiva, sobre la que no se admite en la actualidad excepción alguna.

5.7. Las consecuencias jurídicas: proporcionalidad e idoneidad

La pena y las posibles medidas de seguridad —cualquiera que sea la naturaleza de estas últimas— o, en su caso, consecuencias accesorias, deberán ser evaluadas con escrupulosidad por el legislador. Para ello deberá tomar como referencia los extremos delimitados en los párrafos anteriores; en concreto, el bien jurídico que se quiere proteger, la mayor o menor peligrosidad de la conducta que se quiere prohibir y la configuración del delito como de resultado o de mera actividad, la natu-

³² Introducido por Ley 27.636 de 2002.

raleza del hecho en relación con la condición del sujeto activo del delito (profesional, autoridad o funcionario público). En suma, la mayor o menor gravedad del desvalor de la acción y del resultado. Además, deberá ponderarse con el nivel de represión punitiva que domine en el Código Penal.

La desproporcionalidad de las penas está presente en el CP francés y en la Ley penal especial brasileña (aparte de que en ésta se prevén en ocasiones marcos penales excesivamente amplios: de seis a veinte años de prisión para el resultado de muerte, y de dos a ocho años para el de lesiones graves), en los que las penas pueden llegar hasta veinte años de privación de libertad, así como en la legislación alemana³³, con graves penas para delitos relacionados con extralimitaciones en las técnicas de reproducción asistida, bien que haya que reconocer que el objetivo político-criminal indirecto es lograr una protección del embrión humano preimplantatorio, sin entrar ahora en las contradicciones valorativas sobre la protección de la vida humana preimplantatoria y en gestación, como ha sido denunciado en ocasiones por la doctrina alemana. Más grave todavía resulta la sanción penal prevista en la Ley italiana para la clonación humana reproductiva por transferencia nuclear³⁴: prisión de diez a veinte años y multa de seiscientos mil a un millón de euros, además de inhabilitación perpetua para el ejercicio profesional para el médico (art. 12.7).

5.8. *El continente: ley especial versus Código Penal*

Después de haber tomado las decisiones anteriores, el legislador deberá adoptar otra, que en realidad en el tiempo se situará en primer lugar, a pesar de que sea dependiente de las demás desde un punto de vista lógico. Se trata de optar sobre si el nuevo o los nuevos delitos deben ser incorporados al Código Penal o en una ley penal especial. Un aspecto que puede servir de ayuda se refiere a si la actividad aparece ya regulada en una ley de carácter administrativo, que esta-blezca los requisitos, condiciones y límites a los que está sometida la actividad de que se trate. Un punto para la reflexión sobre cual sea

³³ *Embryoschutzgesetz* de 1990.

³⁴ *Legge Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, del 10-2-2004.

el procedimiento más idóneo se refiere a si el tipo guarda estrecha dependencia con la regulación no penal de la actividad y en particular cuando ésta presenta un contenido técnico elevado. Si concurren estas circunstancias será más recomendable la inclusión de las figuras de-lictivas en una ley especial. No parece que los fines de prevención general de la pena en relación con estos delitos puedan verse perju-dicados por figurar los mismos fuera del Código Penal, puesto que si bien estos delitos suelen estar contruidos sin referencias a ciertas condiciones personales que deba reunir el sujeto activo del delito (es de-cir, son delitos especiales, y este criterio es el correcto), de hecho el círculo de destinatarios de la norma suele ser por lo general muy res-tringido y, además, suelen coincidir con los destinatarios de las normas extrapenales de la ley.

En el Derecho Comparado encontramos ejemplos de las dos solu-ciones legislativas, bien en el Código Penal (por ej., Colombia, España, Francia, Estado de México, Perú), bien en una ley penal especial (por ej., Alemania, Australia, Canadá, Japón, Italia, Reino Unido).

III. El principio de subsidiariedad penal: manifestaciones en el ámbito de la biotecnología humana

En el ámbito de la biotecnología humana son imaginables diversos caminos de regulación escalonada intensiva y extensiva completamente diferentes pero probablemente complementarios³⁵: empezando por el autocontrol deontológico de la comunidad investigadora, pasando por la garantías administrativas de carácter procedimental, hasta llegar a la introducción de tipos civiles de protección —o al fortalecimiento de tales instrumentos— o, incluso, en caso necesario, de prohibiciones pe-

³⁵ Según proponen BAUDOUIN, *Limites penales de la expérimentation en gé-nétique*, en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, III, Bilbao, 1995, ps. 163 y ss.; ESER, *Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán*, trad. de Romeo Casabona, en ADPCP, 1985, p. 363 y s.; GONZÁLEZ DE CANCINO, *Los reos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 89, para quien en Colombia no existe un espacio libre de Derecho (p. 90). MANTOVANI, *Manipolazione genetica* cit., ps. 21 y ss.; ROMEO CASA-BONA, *Limites penales de la manipulación genética*, en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, III cit., p. 177 y s.

nales³⁶. En efecto, pensamos que si bien es cierto que en otros ámbitos de la actividad humana también está abierta esta forma de regulación plural y escalonada con diferentes niveles de intensidad, no lo es menos que está especialmente indicado tal procedimiento en relación con la biotecnología y las Ciencias Biomédicas en general, de modo que se flexibilice adecuadamente su acción en beneficio de la mayor libertad posible de la investigación y que se prevengan al mismo tiempo también eficazmente las derivaciones de ella no deseables socialmente. Pero esta propuesta asume que disponemos de diversos instrumentales jurídicos y no jurídicos (de los que a continuación se expone tan sólo una muestra), previos y tal vez en gran parte de más eficacia al recurso a la intervención penal, a la que tampoco debe renunciarse, pero dentro de un conjunto complementario y escalonado de medidas, acorde con el principio de subsidiariedad que debe presidir tal intervención.

1. *El autocontrol ético o deontológico: su exclusiva función de complementariedad*

La toma en consideración del recurso a la Ética suele conducir al marco de la ética profesional. En este sentido, no es infrecuente pretender acudir a ésta como recurso exclusivo para resolver estrictamente en el ámbito profesional los conflictos que pudieran producirse y sustentarse así del control de la comunidad. Por otro lado, la cuestión abre otros perfiles más complejos cuando esa ética profesional se encuentra codificada e impuesta de forma más o menos externa al conjunto de los profesionales, y decimos imposición externa en la medida en que surge del seno de organizaciones o asociaciones profesionales en las que tiene que integrarse de forma obligatoria quien quiera ejercer la profesión (órdenes o colegios profesionales), lo que implica la no necesidad de aceptación voluntaria de tales reglas deontológicas. Ello afecta de forma particular cuando esa ética profesional no presenta la naturaleza de norma jurídica, tal y como sucede en relación con el Código de Deontología y Ética Médica español³⁷. Sin embargo, con inde-

³⁶ Ver más específicamente sobre ello, ESER, *Derecho Penal, medicina y genética*,

Idema, Lima, 1998, p. 255.

³⁷ En este sentido, IGLESÍAS, *El discutible valor jurídico de las normas deontológicas*, en JPD, Nº 12, 1991, ps. 53 y ss. En algunos sistemas jurídicos la situación

pendencia de la cuestión del carácter jurídico de las normas deontológicas o los principios éticos que regulan aquellas facetas conflictivas de las actividades profesionales, lo cierto es que no parece aceptable dejar al propio profesional, bien de forma individual (ética personal), bien a través de los grupos profesionales en los que se integra (normas deontológicas), la decisión de una autorregulación de tales facetas conflictivas que repercuten de forma tan directa y relevante en la colectividad. Por ello el Estado no debe renunciar en este terreno a las funciones de intervención que le corresponden, regulando esta materia si fuera necesario, al igual que sucede con otras actividades de semejante trascendencia colectiva³⁸.

No supone una contradicción con lo señalado confiar, como primer peldaño, en el autocontrol del investigador y de la comunidad científica a la que pertenece en el desarrollo de los procesos de las investigaciones.

2. El control de las administraciones públicas como procedimiento preventivo

2.1. El intervencionismo de las administraciones públicas

El intervencionismo de los poderes públicos en materias relativas a la ciencia y a la tecnología aplicadas a la salud humana es un criterio plenamente asumido en las sociedades avanzadas. Estamos asistiendo a un proceso de creciente control por parte de aquéllos sobre las actividades que pueden afectar a la salud humana, y no sólo por parte del Poder Ejecutivo, de lo que me ocuparé a continuación, sino también por parte del Legislativo y el Judicial. Ello es debido a diversos factores concurrentes, de entre los que destacan: 1) la salud de los ciudadanos constituye uno de los ejes de los diseños políticos en la actualidad como consecuencia del Estado social de bienestar, dedicando para tal

no es, sin embargo, equiparable: por ej., en Francia y en Brasil el Código de Deontología Médica constituye norma jurídica, por tanto, es obligatoria.

³⁸ APARISI MIRALLES, *El Proyecto Genoma Humano: reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Valencia, 1997, ps. 23 y ss.; PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, p. 75 y s.

fin abundantes recursos humanos, económicos y materiales; 2) la preservación de la salud individual y colectiva debe alcanzar a la calidad de las prestaciones sanitarias, disminuyendo al máximo los riesgos que pueda implicar, en especial en relación con el desarrollo biotecnológico y la disponibilidad de tratamientos nuevos, más efectivos y complejos, pero, paradójicamente, con mayor potencialidad dañosa; 3) este intervencionismo está todavía más justificado e incluso se impone en relación con aquellas prácticas que pueden afectar a ciertos derechos fundamentales de los individuos: vida e integridad personal, libertad, intimidad, institución familiar, etcétera. Por otro lado, se presta cada vez más atención a la protección del equilibrio de los sistemas naturales y de la materia viva no humana.

En conclusión, si esta línea de intervencionismo se ha ido imponiendo ya en numerosas actividades biomédicas complejas, no tendrían que existir serios obstáculos para extenderla a las actividades e investigaciones relacionadas con la genética humana. Este intervencionismo está justificado fundamentalmente como medio preventivo eficaz frente a potenciales riesgos derivados de estas actividades y otras relacionadas con las Ciencias Biomédicas, y no como instrumento de dirigismo científico o incluso restrictivo de la libertad de investigación. La proclamación de la libertad de investigación no se contradice con que los poderes públicos incentiven e impulsen aquellas parcelas de la ciencia y de la tecnología más necesitadas de apoyo, por los motivos del interés colectivo que parezcan oportunos, o que restrinjan o eliminen determinados apoyos financieros a la investigación cuando los propósitos de ésta no sean deseables o cuando se hayan infringido los mecanismos regulativos de garantía y control, sin perjuicio de la adopción de medidas sancionadoras en este último caso.

En este marco debemos situar por su incidencia más directa en las diversas manifestaciones de la genética humana dos leyes españolas: la Ley 42/1988 y la Ley 35/1988. La primera de estas dos leyes se ocupa de la donación y utilización de embriones y fétos humanos o de sus células, tejidos u órganos, con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación (art. 1º), y de forma específica sobre la tecnología genética (art. 8º). La segunda ley regula diversos aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, así

como el diagnóstico, la terapia, la investigación y experimentación con gametos y con embriones in vitro, y fue modificada por Ley 45/2003, para permitir la investigación con estructuras biológicas provenientes de embriones congelados sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. En ambas leyes se comprobaban las importancias competencias de control atribuidas a la administración sobre estas actividades, con la asistencia de las Comisiones previstas a tal efecto. Este intervencionismo es todavía mayor en la Ley 9/2003, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (arts. 34 y 35)³⁹.

2.2. *Infraacciones y sanciones administrativas*

El control y la prevención de la realización de algunas actuaciones relacionadas con el genoma humano no deseables comporta la declaración legal de su ilicitud. Esta puede mantenerse como ilícito administrativo como un primer paso, reservando los comportamientos más graves para los bienes jurídicos para lo ilícito penal. Partiendo de que la diferencia entre ambas modalidades de ilícito es de carácter cuantitativo, y no material o sustancial⁴⁰, la cuestión radica en decidir qué comportamientos deben configurarse como infracciones administrativas y cuáles como delitos penales. Los criterios de ayuda vendrán en gran medida proporcionados en atención a las funciones específicas que corresponden a cada uno de estos sectores del ordenamiento jurídico y, en particular, a la delimitación de los bienes jurídicos comprometidos en estas actuaciones, a la ponderación de las necesidades de protección de los mismos y de las conductas que puedan lesionarlos o ponerlos en peligro. Sin perjuicio de reconocer que la visión completa sólo puede lograrse una vez retomados los principios básicos que llevan a la intervención del Derecho Penal, lo que haré más abajo, es en extremo complejo señalar en abstracto los resultados de estas valoraciones sin tener como referencia analítica un ordenamiento jurídico concreto.

³⁹ Esta Ley constituye la transposición al Derecho interno de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-3-2001, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

⁴⁰ En este sentido, CERREZO MIR, PG I cit., p. 49.

⁴¹ Sobre lo que sigue, ver más ampliamente CERREZO MIR, *PG I cit.*, ps. 13 y ss.

En una materia todavía nueva como la que nos ocupa, la intervención del Derecho Penal debe regirse de acuerdo con sus principios tradicionales, pero tal y como son concebidos en la actualidad⁴¹, esto es, atender a la función del Derecho Penal y a los principios de intervención

del Derecho Penal contemporáneo

1. La vinculación a los principios de intervención

Derecho Penal en la biotecnología humana

IV. Fundamentos para la intervención del

Frente a estas situaciones las reacciones conocidas de que dispone el ordenamiento jurídico son en primer lugar la reparación del daño irrogado, que corresponde al ámbito del Derecho Privado, a salvo de la responsabilidad—normalmente objetiva, es decir, sin tener que acreditar la culpa del sujeto que actuó—que incumba afrontar a las administraciones públicas por las actuaciones de sus funcionarios y empleados. Y, en segundo lugar, la represión por ese daño (desvalor del resultado), que se atribuye ocasionalmente al Derecho Penal. Sin olvidar que esta función no le es exclusiva, como tampoco debe dejar de resaltar la deseable e importante función preventiva que también puede obtenerse a través de los sectores del ordenamiento jurídico implicados (es decir, no sólo el Derecho Penal, sino también los Derechos Civil y Administrativo).

3. La responsabilidad por hechos dañosos o de riesgo

En todo caso, conviene poner de manifiesto que no existe una delimitación clara entre qué ilícitos deben permanecer en el ámbito del Derecho Administrativo y cuáles, dada su mayor gravedad, ser objeto de incriminación por parte del Derecho Penal. Son, por lo tanto, de cisiones del propio legislador las que motivan la situación legal existente en cada momento histórico, no siendo en absoluto descartable que lo que hoy constituye un ilícito administrativo en el futuro pase a configurar un delito (Derecho Penal) y viceversa, o incluso que deje de ser una conducta ilícita.

ACTUALIDAD

mínima y de subsidiariedad y *ultima ratio*⁴². En efecto, es de suma importancia mantenerse fiel al principio de que al Derecho Penal le sigue correspondiendo la exclusiva tarea de protección de bienes jurídicos, es decir, de los bienes, situaciones y relaciones fundamentales del individuo y de la comunidad, frente a las conductas que los lesionen o pongan en peligro, siempre que impliquen al mismo tiempo una infracción grave de las normas ético-sociales o del orden político o económico vigentes en la sociedad en un momento determinado⁴³. Así mismo, el recurso al Derecho Penal debe reservarse frente a los ataques más intolerables a los bienes jurídicos de especial importancia y únicamente cuando sea estrictamente necesario por ser insuficientes otros instrumentos jurídicos no penales (Derecho Administrativo, Civil, etc.). Por consiguiente, también en relación con las intervenciones sobre el genoma humano deben mantenerse estos criterios, de modo que en numerosas ocasiones la intervención del Derecho Penal será accesoria o inexistente, por no detectarse motivos suficientes para ello, en especial si otros sectores del ordenamiento jurídico pueden satisfacer plenamente las necesidades de protección de bienes o intereses o de limitación de las actividades no deseables; por el contrario, la llamada del Derecho Penal será inevitable—pero siempre excepcional—cuando se trate de conductas particularmente graves frente a bienes jurídicos dignos de una protección reforzada.

De todos modos, a pesar de que son conceptualmente claros estos criterios, en la práctica resultan difíciles de concretar, en cuanto apuntábamos que deben reflejar las concepciones ético-sociales vigentes en la comunidad en relación con las diversas derivaciones y consecuencias de los descubrimientos y actuaciones en genoma humano, y por el momento no es todavía fácil encontrar puntos de acuerdo más o menos generalizados. Por otro lado, perspectivas diversas sobre la concepción del Derecho Penal—aun partiendo por lo general del núcleo común acabado de exponer—pueden provocar que su intervención se

⁴² En este sentido, GONZÁLEZ DE CÁNIZO, *Los retos jurídicos de la genética* cit., 221; LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report*, en RIDP, Nº 59, 1988, p. 611; PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España* cit., ps. 71 y ss.

⁴³ CERREZO MIR, PG I cit., p. 19.

adelante o se retrase. Así, si se acentúa su función preventiva, atendiendo a la racionalidad del fin (concepción utilitaria), puede dar lugar a la criminalización de conductas que constituyen un peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger, incluso cuando tal peligro es meramente potencial, sin necesidad de que se haya producido en el caso concreto, pero siendo la acción peligrosa (delitos de peligro abstracto-concreto); mientras que la orientación a la racionalidad de los valores pondrá el énfasis en los derechos y bienes del individuo y en los ideales de humanidad y justicia⁴⁴, lo que facilitará una contención de la criminalización. Otros sectores apelan a la función simbólica del Derecho Penal, en estos supuestos como refuerzo moral frente a conductas desviadas, o a la función de demostración del error moral de la conducta y de enfatización de su función declaratoria, afirmando los límites de tolerancia de la sociedad⁴⁵. Por fin, y también en relación con las Ciencias Biomédicas, se ha querido destacar la función reguladora del Derecho Penal, anteponiéndola a la sancionatoria (esta misma cumpliría aquella función reguladora), de modo que determinadas conductas no estarían criminalizadas directamente, sino que estarían autorizadas bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y procedimientos, cuya infracción podría dar lugar a la criminalización, de modo semejante a como sucede en cierta medida con el Derecho Penal Económico⁴⁶.

Los anteriores puntos de vista confirman la complejidad y dificultad para encontrar criterios político-criminales adecuados, pero al mismo tiempo ponen de manifiesto el riesgo de expansión del Derecho Penal y de desviación de su función esencial y de sus principios de intervención. Sin embargo, no debería apartarse de ellos, como tampoco de la aspiración hacia los ideales mencionados de justicia y humanidad. Por consiguiente, una vez establecido este marco, para poder seguir avanzando decía que es preciso detectar y delimitar los bienes jurídicos que pueden verse afectados por la biotecnología humana; únicamente después de haber logrado esta identificación es posible analizar las

⁴⁴ Ver sobre estos planteamientos, LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report* cit., p. 611.

⁴⁵ Ver LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques...* cit., p. 612.

⁴⁶ Ver LAHTI, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques...* cit., p. 612.

conductas que puedan atentar contra aquellos, medir su gravedad y adoptar a continuación la decisión político-criminal oportuna. En cualquier caso, no puede aspirarse a soluciones definitivas, primero porque todavía no se conocen de modo suficiente los resultados a que pueden dar lugar las aplicaciones—según lo dicho, algunas todavía no prácticas—derivadas de los conocimientos sobre el genoma humano; en segundo lugar, porque lo que en la actualidad puede mostrarse indeseable y desviado puede no ser percibido así en el futuro, en particular si son evitables los efectos concomitantes no deseables.

En conclusión, la peculiar y novedosa posición que tiene que adoptar el Derecho Penal en relación con estos delitos constituye un reto: cómo avanzar hacia nuevos caminos sin abandonar al mismo tiempo sus principios considerados básicos en el presente; su eficacia en relación con conductas técnicamente irrealizables, pero al mismo tiempo considerando la necesidad de adelantarse a ellas si quiere ser precisamente eficaz para prevenir, no se trata ni siquiera de adelantar su intervención al momento de la realización de la acción sin aguardar la lesión o peligro efectivos de un bien jurídico (delitos de peligro abstracto o abstracto-concreto), sino incluso antes de que esa acción sea factible. Además, frente a la seguridad jurídica que emana de la estabilidad de la ley penal, el Derecho Penal está también sometido—aunque probablemente en menor medida que otros sectores del ordenamiento jurídico—a la servidumbre de la revisión y modificación de las conductas punibles, incorporando algunas y eliminando otras. Finalmente, la delimitación de los bienes jurídicos, su calificación como bienes individuales o supraindividuales, añade a este panorama una nueva fuente de reflexión. Pero de esto último nos vamos a ocupar a continuación.

2. La vinculación a la protección de bienes jurídicos

De acuerdo con el criterio metodológico que vengo proponiendo, la tarea consistiría ahora en detectar cuáles son los bienes jurídicos que pueden verse afectados, de qué clase de protección gozan en el ordenamiento jurídico, con el fin de poder señalar más adelante cuáles son las carencias, así como decidir a qué instrumentos jurídicos hay que acudir para garantizar su adecuada protección, según su importancia

y las formas de agresión que pueden experimentar, sin que, como apuntaba más arriba, el recurso al Derecho Penal sea siempre necesario⁴⁷. Como sabemos, se ven afectados bienes jurídicos individuales y supraindividuales⁴⁸.

Las corrientes humanistas y neopersonalistas de las últimas décadas han puesto el acento en el reconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad como valores individuales del ser humano de primera magnitud⁴⁹, valores que frecuentemente aparecen como trasfondo en numerosos aspectos concernientes a la genética humana. La dignidad de la persona aparece proclamada en varias constituciones⁵⁰ y en el Derecho Internacional de forma específica en relación con la Biomedicina y el genoma humano⁵¹. El recurso frecuente, indiscriminado y tal vez abusivo a la dignidad de la persona, sumado al descuido por lo general del estudio de su acotación y función precisa en el conjunto de los diversos ordenamientos jurídicos, no debe hacernos perder de la perspectiva su importancia intrínseca. Baste resaltar aquí su condición de derecho fundamental o su función de proyección sobre los demás derechos fundamentales y libertades públicas, de modo que aquellos permitan dar a éstos un mejor sentido interpretativo y cohesión⁵². Por otro lado, el principio de no discrimi-

⁴⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Edersa, Madrid, 1997, ps. 35 y ss.

⁴⁸ Ver sobre el particular, más ampliamente, ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética* cit., ps. 187 y ss.

⁴⁹ Ver ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Cera, Madrid, 1994, ps. 44 y ss.; MANTOVANI, *Manipolazione gene-*

tiche cit., p. 19 y s.

⁵⁰ Ver, por ej., la Ley Fundamental alemana (art. 1º) y las Constituciones española (art. 10.1) y brasileña (art. III, I).

⁵¹ En el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina (art. 1º: "Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a las aplicaciones de la biología y la medicina") y en la Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 2º, a: "Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas").

⁵² Ver ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana* cit., ps. 67 y ss.; VALLE MUNIZ y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Unili-*

nación (por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) se eleva también a un primer plano por la potencialidad discriminatoria que pueden propiciar algunas aplicaciones derivadas del conocimiento del genoma humano, y por tal motivo la discriminación basada en las características genéticas ha sido explícitamente rechazada en el Derecho Internacional⁵³.

La mayor parte de los bienes jurídicos de titularidad individual que pueden verse implicados por las actuaciones en el genoma humano han encontrado un reconocimiento expreso por parte de las constituciones modernas y de las declaraciones y convenios internacionales relativos a los derechos humanos; el mismo Derecho Penal les ha conferido tradicionalmente una especial protección. Así sucede con la vida humana, con la integridad personal, con la libertad de decisión o autodeterminación y con la intimidad, bienes jurídicos que gozan todos ellos de protección penal directa frente a casi todas o más importantes formas de agresión a los mismos. Otros sectores del ordenamiento jurídico ajenos al Derecho Penal ofrecen, asimismo, sus propios instrumentos de protección de estos bienes jurídicos.

Otros bienes jurídicos han experimentado una fluctuación en cuanto a su protección, pero se va poniendo el énfasis en los últimos años en la necesidad de intensificar aquella, a la vista de nuevas formas de agresión que eran impensables con anterioridad o parecían de escaso relieve, como sucede con la vida y la integridad corporal y psíquica (futura) del concebido, o como ocurre, en particular, con el embrión in vitro, al constituir un fenómeno nuevo y de reciente interés para el Derecho. Pero incluso en relación con este último y sin perjuicio de

zación abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal, en RJ, Nº 26, 1992, p. 126 y s.; MANTOVANI, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela*, en RDerGenH, Nº 1, 1994, ps. 93 y ss. El *Schema di Delega Legislativa per l'emanazione di un nuovo Codice Penale* italiano preveía un título (el IV) que acogía la dignidad del ser humano como bien jurídico autónomamente protegido, entre los que se encontraba un capítulo dedicado a los delitos "contra la identidad genética" (art. 65).

⁵³ En efecto, así lo han proclamado la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 6º) y el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (art. 11).

las muy variadas formas de intromisión en el que se van generando, en cuanto tal no plantea un bien jurídico nuevo (aunque se discute si debe protegerse el embrión in vitro en cuanto tal o en atención al ser humano a que puede dar lugar), sino la opción de prolongar—con la intensidad que sea oportuna desde una perspectiva de política legislativa—los instrumentos ya disponibles para la protección de la vida y de la integridad humanas antes del nacimiento⁵⁴.

3. Los nuevos bienes jurídicos comprometidos con las intervenciones genéticas

Junto a los anteriores bienes jurídicos individuales se van perfilando otros de carácter colectivo, o que al menos presentan esta proyección supraindividual autónoma que afecta a diversos aspectos de la especie humana, y por tal razón diferentes de los concretos intereses individuales comprometidos.

Las acciones que pueden realizarse en el genoma humano a partir de su conocimiento, es decir, la ingeniería genética, ponen de relieve que dichas conductas, aunque puedan recaer sobre individuos concretos, afectándoles incluso de forma directa, les trascienden al poder afectar también a la propia especie humana⁵⁵, a su integridad, inalterabilidad, identidad y diversidad. Por ello despiertan recelos y se rechazan la eugenesia positiva perfecta o de mejora de ciertos rasgos genéticos y no meramente terapéutica, las manipulaciones genéticas con propósito racial o racistas y las que puedan degradar de algún modo la

⁵⁴ Sobre esta cuestión, que está siendo objeto de gran debate en la actualidad, ver ROMEO CASABONA, *El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías*, en *Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, ps. 11-54; el mismo, *Embryonic stem cell research and therapy: the need for a common european legal framework*, en *Bioethics*, Nº 16, 2002, ps. 557-567.

⁵⁵ LENOIR, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, t. I, *La documentation française*, Paris, 1991, p. 81, sostiene que "el género humano es en sí un valor". La Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997, proclama que "el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad" (art. 1º).

especie humana, por ejemplo, al intercambiarla genéticamente con animales; se pretende evitar el resurgimiento modernizado –tanto en sus posibilidades técnicas como en su ideología– de las corrientes eugenésicas de principios del siglo pasado.

Con estos bienes genéticos se protegería la inalterabilidad de determinadas características de la especie humana al tiempo que su pluralidad y variedad genética frente a pretensiones eugenésicas o de otro tipo por medio de la biotecnología, incluida la propia supervivencia de la especie humana en los casos más graves⁵⁶. En ocasiones estas decisiones de protección pueden constituir un medio instrumental para proteger al mismo tiempo valores democráticos basados en el pluralismo y en impedir el dominio de unos seres humanos sobre otros, apoyado dicho dominio en este caso en las diferencias de las características genéticas de unos y otros. Es sabido también que la indiferenciación, la homogeneidad y la docilidad de los ciudadanos han sido siempre la tentación del Estado totalitario.

Los Estados partes en el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina encontrarán en él un precioso instrumento para la identificación y protección de estos nuevos derechos subjetivos (en su caso, como bienes jurídicos), en cuanto proclama no sólo la protección de la dignidad del ser humano, sino también su *identidad*, así como su integridad (art. 1º), la cual debe extenderse a la integridad genética, objeto ésta de regulación específica por el propio Convenio (art. 13).

3.1. La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano

Con la configuración de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano (herencia genética) no patológico como bien jurídico⁵⁷ se garantizaría la integridad y diversidad de la especie humana.

⁵⁶ Sobre la delimitación de los posibles bienes jurídicos afectados por la ingeniería

genética, ver ya un esbozo en ROMEO CASABONA, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, en *Folia Humanística*, Nº 276, 1986, p. 6; el mismo, *Límites penales de las manipulaciones genéticas* cit., ps. 187 y ss., y la interesante y fundamentada aportación de VALLE MUNIZ y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal* cit., ps. 119 y ss. (p. 128).

⁵⁷ GRACIA MARTÍN, en DIEZ RIPOLLES, GRACIA MARTÍN y LAURENZO

Una vez más la alusión al patrimonio genético no patológico obliga a discernir entre lo patológico y lo simplemente anómalo, diferente o infrecuente, o desviación irrelevante de los estándares de salud⁵⁸. Estas referencias sobre lo normal y lo patológico, que aquí tan sólo pueden ser resaltadas, constituyen uno de los puntos nucleares de la reflexión sobre las aplicaciones futuras de la ingeniería genética como sutil camino eugenésico, que no deben permanecer reducidas al plano del análisis biomédico, sino trasladarse al terreno de la valoración filosófica, sociológica, ética y jurídica. A este respecto parece oportuno llamar la atención ahora tan sólo—para poner de manifiesto las tensiones dialécticas y valorativas potencialmente presentes que imponen continuar con tal discurso reflexivo—sobre que a ese emergente derecho a heredar un patrimonio genético inalterado podría oponerse un no menos legítimo derecho a heredar un patrimonio genético sano. ¿Entrentamiento real o aparente? Probablemente lo cierto sea lo segundo, y que en realidad sean ambos intereses atendibles, conciliables e incluso armonizables, pero como vengo proponiendo, a la luz que aporten en el futuro los conocimientos más precisos sobre los efectos de la intervención en la línea germinal.

Con la calificación del genoma humano como patrimonio común de la humanidad se quiere extender esta idea, importada del Derecho Internacional⁵⁹, al genoma humano, y otorgarle un reconocimiento y protección similares a los otorgados a otros bienes, como el mar, el espacio y los cuerpos celestes, bienes culturales, etcétera. Los titulares serían todos los seres humanos presentes y futuros —la humanidad—; el objeto de protección lo sería el genoma humano —en cuanto legado

COPELLO, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, t. I, ps. 61 y ss.; JORGE BARREIRO, *Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto* cit., ps. 61 y ss.

⁵⁸ Ver sobre este último aspecto, ESER, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética*, p. 291; KNOPPERS, *Human Dignity and Genetic Heritage*, Ottawa, 1991, ps. 43 y ss.; WIDMER, *Questions de droits de l'homme dans la recherche en génétique médicale*, Symposium de Bioéthique, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, p. 203.

⁵⁹ Recuérdese el art. 1º de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

común a todos y cada uno de los seres humanos; la consecuencia, la protección de su integridad—lo que no significa que no pueda ser alterado en individuos concretos, por ejemplo, para tratar una enfermedad—y el acceso de todos a los beneficios que se puedan derivar de él. No obstante, este concepto no elude la discusión sobre su comerciabilidad y la protección de algunos de sus beneficios económicos en favor de determinadas personas, dado el origen patrimonial de aquel, aunque actualmente se le quiera desligar de esa perspectiva en algunas ocasiones, como sería en relación con el genoma humano. Como señalaba más arriba, tampoco se cierra la cuestión de su intangibilidad.

La protección jurídica del patrimonio genético daría lugar a las siguientes prohibiciones: el intercambio genético humano (formación de híbridos); la fecundación interespecies o transferencias de embriones interespecies (de animal a ser humano, y viceversa) con cualquier fin y en cualquier grado de desarrollo, a salvo de ciertas pruebas diagnósticas controladas en su desarrollo temporal; la fusión de preembriones humanos entre sí o interespecies (quimeras) con cualquier fin y en cualquier grado de desarrollo; otras acciones dirigidas a modificar el patrimonio genético humano no patológico con propósitos perfectivos (eugenesia). Recuerdese, no obstante, que el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina prohíbe esta última conducta, cualquiera que sea el fin perseguido (art. 13).

3.2. *La identidad e irrepetibilidad del ser humano*

La identidad e irrepetibilidad del ser humano, como derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás, aceptando la complejidad y variabilidad de la naturaleza humana⁶⁰, pues también es cierto que no sólo son los factores genéticos los que condicionan la individualidad humana personal—, sería también otro bien digno de protección por el Derecho. A este respecto contamos

⁶⁰ En términos parecidos, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, Madrid, del 3-3-99, alude a que el ser humano tiene derecho a “ser genéticamente único e irrepetible (propiedad de unicidad)”.

ya con ejemplos explícitos del reconocimiento de este derecho como fundamental en los Derechos Constitucional⁶¹ e Internacional⁶².

La clonación humana reproductiva podría constituir un grave atentado contra este bien jurídico, asumiendo que podría aceptarse en el futuro un ámbito de licitud⁶³; así como la búsqueda de nuevas razas humanas (de superhombres o de homínidos o andróides).

En cuanto a la clonación consistente en la bipartición embrionaria (gemelos genéticos) como procedimiento de soporte de las técnicas de reproducción asistida (por ej., para poder disponer de un número adecuado de embriones in vitro preimplantatorios para su ulterior transferencia cuando, conseguido ya algún óvulo de la paciente y su fecundación, es difícil o imposible obtener otros), no parece en sí misma rechazable, puesto que, en sentido estricto, no implica necesariamente manipulaciones genéticas, ni supone siempre (si los embriones clónicos se transfirieran a una sola mujer y se desarrollan en un único embarazo) replicar a un ser preexistente—vivo o muerto—, afectando su identidad, como tampoco privarle de un padre y madre genéticos, sino emular a la naturaleza respecto a los gemelos monocigóticos. Sin embargo, no estaría ya tan cubierto por estos argumentos favorables el procedimiento de transferencia nuclear de una célula somática a un óvulo, aun cuando se persiga ese mismo propósito o el de recurrir a esta técnica como procedimiento de evitar que un miembro de una pareja pueda transmitir una enfermedad hereditaria a su descendencia, también aceptable en principio⁶⁴.

⁶¹ Así, la Constitución portuguesa ha proclamado la identidad genética como derecho fundamental (1997): "La ley garantizará la dignidad personal y la identidad genética del ser humano, en concreto en la creación, desarrollo y utilización de las tecnologías y en la experimentación genética" (art. 26.3). Y la Constitución de Grecia (2001): "Todas la personas disfrutarán de una plena protección de su salud y de su identidad genética..." (art. 5.5).

⁶² En este caso, no de forma tan explícita, el CDHBM proclama el derecho a la identidad en términos generales (art. 1º), lo que no impide sostener que se incluyen todas las dimensiones de la identidad de la persona (siendo de todos modos ésta, la perspectiva personalista, la que realmente merece ser destacada), incluida la genética.

⁶³ Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre la clonación* cit., ps. 195 y ss.

⁶⁴ Ver más ampliamente, ROMEO CASABONA, *¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias?*... cit., ps. 21 y ss.

La afectación de la clonación reproductiva a la dignidad humana y a la propia especie humana ha dado lugar a que se haya propuesto incluso su calificación como crimen contra la humanidad y que sea perseguido internacionalmente como tal⁶⁵.

3.3. *La supervivencia de la especie humana*

Se refiere ello a la supervivencia biológica del ser humano como especie, que encuentra en los conocimientos genéticos nuevos puntos vulnerables de extrema gravedad. No se trata aquí de garantizar su integridad biológica y de este modo su identidad como especie que la diferencia biológicamente de los demás seres vivos, en los términos expuestos más arriba, sino de asegurar su mera existencia biológica en el planeta.

A ella se enfrentan la creación de armas biológicas u otros productos de alcance masivo mediante técnicas de ingeniería genética sobre el ser humano⁶⁶. Es cierto que existen otros medios potencialmente destructivos de la vida humana, como las armas fabricadas con los principios de la energía nuclear, pero la diferencia y la novedad, en su caso, radica en que se trataría de medios de destrucción de la vida humana específicos y selectivos. De todos modos, no deben olvidarse tampoco los efectos de la modificación, por los mismos procedimientos de ingeniería genética, del medio ambiente, en particular por la liberación de organismos (unicelulares y pluricelulares) modificados genéticamente, de forma que el entorno natural y vivo del ser humano se vuelva peligroso o incompatible para su propia vida. A vista de la amplitud y cierta ambigüedad de este bien jurídico, la construcción del tipo delictivo se revela como una tarea legislativa compleja.

⁶⁵ DELMAS-MARTY, *Certitude et incertitudes du droit*, en ATLAN y otros, *Le clonage humain*, Le Seuil, París, 2001, ps. 67 y ss. Por un Protocolo de 1998 el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina condena la clonación humana reproductiva. Sin embargo, como ya se ha recordado más arriba, hasta el momento no se ha logrado aprobar un tratado universal en el seno de las Naciones Unidas, al haber desacuerdo sobre si en la prohibición debería incluirse asimismo la clonación con fines de investigación (o "terapéutica").

⁶⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Armas biológicas o exterminadoras e ingeniería genética: perspectiva jurídico-penal*, en ROMEO CASABONA (ed.), *Genética y Derecho Penal...* cit., p. 239.

INDICE SUMARIO

INDICE GENERAL..... 5

DOCTRINA

RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

por GUILLERMO J. FIERRO

I. Reflexiones liminares	9
II. Breve introducción	10
III. Sujetos activos y pasivos. La cuestión de los destinatarios de la orden	11
IV. Las modalidades de tiempo y lugar. Tentativa	14
V. El problema del concurso en la resistencia a la autoridad. Distintas hipótesis	15
VI. El aspecto subjetivo en ambas figuras	16
VII. El legítimo ejercicio de las funciones	19
VIII. La problemática en el Derecho Administrativo	21
IX. La facultad del destinatario (<i>extraneus</i>) para examinar la legalidad de la orden	22
X. La esencia del tema que nos preocupa	23
XI. El debate histórico de la cuestión en el Derecho Penal	25
XII. La excepción de las decisiones judiciales	26
XIII. El vicio de ilegitimidad	28
XIV. Conclusiones	28

**LOS DELITOS DE TRÁFICO PASIVO Y
ACTIVO DE INFLUENCIAS: ASPECTOS
ESENCIALES DE SU CONFIGURACIÓN**
El delito de negociaciones incompatibles
con el ejercicio de las funciones públicas: La
identificación del bien jurídico protegido
por GUSTAVO EDUARDO ABOSO

31	§ 1. El inveterado problema de la corrupción en la administración pública
33	§ 2. Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias (arts. 256 bis y 258, Cód. Pen.)
33	2.1. Bien jurídico
37	2.1.1. Addenda: Bien jurídico, ampliación del ámbito de punición y su relación con el sujeto activo que no reúne la calidad de funcionario público. Inconstitucionalidad
38	2.2. Delito de tráfico pasivo de influencias: acciones típicas. Diferencia con la figura de cohecho pasivo y activo (arts. 256 y 258, Cód. Pen.)
43	2.3. Elemento subjetivo
44	2.4. Derecho Comparado. Doctrina y jurisprudencia
44	2.4.1. España
44	2.4.2. Francia
45	2.4.3. Austria
47	2.4.4. Canadá
48	2.5. Consumación
48	2.6. Participación criminal
50	2.7. Agravante
50	2.8. Prescripción
51	2.9. El delito de tráfico activo de influencias
51	§ 3. El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas: La identificación del bien jurídico protegido

ATENTADO, RESISTENCIA Y
DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

Tres tipos penales parecidos

por SANDRO F. ABRALDES

I. Introducción.....	61
II. Las acciones típicas	62
1. El atentado y el bien jurídico protegido.....	63
2. La resistencia y el bien jurídico protegido.....	64
3. La desobediencia y el bien jurídico tutelado	65
III. Los principales puntos problemáticos	66
de estos tipos penales.....	66
1. La distinción básica entre ellos	66
2. La aplicación analógica de las agravaciones del artículo 238 a los casos de resistencia y desobediencia	68
3. La resistencia a la autoridad y la legítima defensa	69
4. El delito de desobediencia y la antijuridicidad.....	70

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La discusión sobre su inconstitucionalidad

por JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE

I. Introducción.....	79
II. El bien jurídico.....	83
III. ¿Delito de acción o de omisión?.....	88
1. El principio de culpabilidad: delito de sospecha	95
2. El principio de legalidad	99
3. El principio de inocencia	100
4. La garantía contra la autoincriminación	104
5. La violación del principio <i>ne bis in idem</i>	106
6. El problema del requerimiento de justificación	108
7. ¿Renuncia implícita a las garantías constitucionales?	109

I. Las hipótesis	135
II. El marco teórico	135
1. Introito: el punto de partida	135
2. El delito de resistencia a la autoridad	139
a) Una saludable recorrida	139
3. La legítima defensa o defensa necesaria	144
a) Un necesario y mínimo repaso	144
4. El "ejercicio legítimo de las funciones"	149
a) Caracterización provisoria	149
III. El diseño de la prueba	158
1. La opinión actual de la doctrina	158
a) Para Zaffaroni "no se trata de un permiso"	161

EL DERECHO DE RESISTENCIA por DARIO MARTIN MEDINA

I. Introducción. Desde el lenguaje	121
II. Distintas posiciones en la doctrina y jurisprudencia. Consecuencias	124
III. La palabra y su significado para el Derecho Penal	132

EL SENTIDO DEL VERBO SUSTRAER EN EL DELITO DE PECULADO por JULIO CÉSAR DI GIORGIO

IV. Conclusión	118
10. ¿Es posible reformular el tipo penal para adecuarlo a la Constitución?	117
9. El argumento de la lucha contra la corrupción	114
8. El artículo 36 de la Constitución Nacional y la Convención Interamericana contra la Corrupción	111

234	fondos o gastos reservados?.....
233	2) ¿Qué sucede con los denominados
233	1) Tipo objetivo.....
232	a) Reculado de caudales o efectos.....
232	III. Reculado.....
232	entorpecimiento para un servicio.....
230	e) Malversación agravada por el daño o
230	d) Antijuridicidad. El problema de la infima lesión.....
227	c) Tipo subjetivo.....
227	de fondos públicos. Tipo objetivo.....
226	destino indebido de fondos o mala aplicación
226	indebida de fondos, aplicación arbitraria de fondos,
226	b) La figura genérica de la malversación: aplicación
226	a) El término malversar y su regulación en el Código.....
226	II. Malversación.....
224	I. Bien jurídico protegido.....
224	Indicación preliminar.....
223	

MALVERSACIÓN DE CAUDALES
PÚBLICOS Y PECULADO
por CLAUDIO NAVAS RIAL
y MARCELO ALVERO

220	2. Bibliografía y artículos consultados.....
210	1. La respuesta a las hipótesis.....
210	IV. La conclusión.....
208	b) La solución está en el punto medio.....
203	a) La naturaleza de los elementos del deber jurídico.....
203	dogmático de los elementos del deber jurídico del autor.....
182	2. Empezando a definir las cosas. El correcto tratamiento
170	d) La postura de Luzón Peña.....
170	c) La propuesta de José Cerezo Mir.....
165	funciones y el derecho de resistencia.....
165	b) Donna, el ejercicio legítimo de las

3) Los verbos típicos: administración,	237
4) ¿Qué se entiende por sustracción?	238
5) La posición de Soler.	240
6) Tipo subjetivo	241
7) Consumación y tentativa	241
b) Peculado de trabajos y servicios	242
1) Tipo objetivo	242
2) Tipo subjetivo	244
3) Atribuidibilidad	245
4) Consumación y tentativa	245
5) Autoría	245
IV. Malversación o peculado culposo	246
a) Tipo objetivo	246
b) Tipo subjetivo	251
c) El problema de la autoría	252
V. La asimilación por las cualidades del sujeto activo,	252
o del objeto de la administración o custodia	252
a) Tipo objetivo	252
b) Tipo subjetivo	254
c) Atribuidibilidad	255
d) Autoría	255
VI. Demora injustificada de pago y negativa a entregar bienes	255
a) Demora injustificada de pago	256
1) Tipo objetivo	256
2) Tipo subjetivo	257
3) Atribuidibilidad	257
4) Consumación y tentativa	258
5) Autoría	258
b) Negativa a entregar bienes	258
1) Tipo objetivo	259
2) Tipo subjetivo	260
3) Atribuidibilidad	260
4) Atribuidibilidad	260
5) Consumación y tentativa	260

EI CONTROL DEL LAVADO DE DINERO Y LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR

por RICARDO M. PINTO

VII. ¿Es posible otra interpretación de las figuras reguladas en este capítulo del Título XI del Código Penal, a partir de la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción al bloque de constitucionalidad?	261
a) Disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción incorporada al bloque de constitucionalidad por ley 24.759	261
b) Conclusiones	263
VIII. Reflexión final	264

I. Introducción	268
II. Las implicancias del problema del lavado de dinero	269
1. Los métodos de lavado	272
2. Los efectos económicos del lavado de dinero	274
3. Asignación incorrecta de los recursos económicos	276
4. Corrupción del sistema financiero	276
5. Transferencias de fondos con efectos desestabilizadores en la economía mundial	277
III. La cooperación en materia penal y el control del lavado de activos	278
1. El lavado de activos afecta el orden socioeconómico de los Estados	278
IV. Principios que nutren la cooperación penal internacional, asistencia judicial y administrativa	280
1. Cartas rogatorias	280
V. Instrumentos internacionales de cooperación jurídica penal y en el ámbito del lavado de activos	283
1. La Convención de las Naciones Unidas sobre Drogas de 1988, Convención de Viena	283
2. Europa	284

306	II. Tipo subjetivo
303	I. Diferencia con la resistencia
303	I. Tipo objetivo

(Art. 237, Cód. Pen.)

ATENTADO A LA AUTORIDAD

por MARÍA CECILIA MAIZA

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JURISPRUDENCIA

299	VIII. Conclusión
294	Penales de los Estados Partes del Mercosur
	VII. Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos
294	4. La Convención Interamericana contra la Corrupción
291	y otros Delitos Graves, CICAD
	Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas,
	3. Reglamiento Modelo sobre Delitos de Lavado
291	Americanos (OEA), CICAD
	2. Organización de los Estados
289	Asistencia Mutua en Materia Penal
	1. La Convención Interamericana sobre
289	materia penal en el contexto iberoamericano
	VI. Instrumentos de asistencia y cooperación en
288	Organizada Transnacional, Palermo, 2000
	6. Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia
287	Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD)
	Financiera del Caribe (GAFIC) y Grupo de
	grupos regionales de ese estilo: Grupo de Acción
	5. El Grupo de Acción Financiera (GAFI) y otros
287	financiero en el blanqueo de capitales
	prevención de la utilización del sistema
	4. Directiva 91/308/CEE del 10-6-91 sobre
286	de los productos del delito
	3. Convenio de Estrasburgo del 8-11-90 sobre
	blanqueo, identificación, embargo y comiso

ABSTENCIÓN DE TESTIGO, PERITO O INTERPRETE
(Art. 243, Cód. Pen.)

IMPEDIMENTO O ESTORBO A ACTOS FUNCIONALES
(Art. 241, inc. 2°, Cód. Pen.)

- II. Tipo subjetivo..... 338
4. Desobediencia a la orden de detención. Conducta atípica. . . 337
3. Imposibilidad de cumplir la orden..... 336
2. Legitimidad de la orden..... 335
1. Existencia de sanción especial para el incumplimiento de la orden..... 331
- I. Tipo objetivo..... 319

DESOBEDIENCIA
(Art. 239, Cód. Pen.)

5. Con el daño..... 318
4. Con el abuso de armas..... 318
3. Con el robo..... 314
2. Con la evasión..... 314
1. Con las lesiones leves..... 313
- III. Concurso con otros tipos penales..... 313
- II. Tipo subjetivo..... 312
3. El "ejercicio legítimo de las funciones" y el derecho a resistencia..... 310
2. Autoría y participación..... 309
1. Acción típica..... 307
- I. Tipo objetivo..... 307

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD
(Art. 239, Cód. Pen.)

ATENTADO A LA AUTORIDAD AGRAVADO
(Art. 238, Cód. Pen.)

364	I. Concepto y bien jurídico
364	II. Tipo objetivo
364	1. Requisitos generales
365	2. Illegitimidad del acto
366	3. Definición de "ley"
367	III. Tipo subjetivo
371	IV. Supuestos en particular
377	V. Antijuridicidad
377	VI. Autoría y participación
379	VII. Consumación y tentativa
379	VIII. Concurso de delitos

**ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS
DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**
(Art. 248, Cód. Pen.)

358	I. Bien jurídico protegido
359	II. Tipo objetivo
363	III. Quereillante

USURPACIÓN DE TÍTULOS
(Art. 247, Cód. Pen.)

356

USURPACIÓN DE AUTORIDAD
(Art. 246, Cód. Pen.)

344	I. Bien jurídico
345	II. Tipo objetivo
352	III. Tipo subjetivo
352	IV. Consumación
353	V. Diferencia con las calumnias
355	VI. Concurso con otros delitos

FALSA DENUNCIA
(Art. 245, Cód. Pen.)

379	I. Tipo objetivo.....
382	II. Tipo subjetivo.....
383	III. Antijuridicidad.....

(Art. 249, Cód. Pen.)

OMISIÓN DE DEBERES DEL OFICIO

DENEGACIÓN DE AUXILIO

(Art. 250, Cód. Pen.)

383	
-----	-------

ABANDONO DE DESTINO

(Art. 252, Cód. Pen.)

384	
-----	-------

NOMBRAMIENTOS ILEGALES

(Art. 253, Cód. Pen.)

384	
-----	-------

VIOLACIÓN DE SELLOS

(Art. 254, Cód. Pen.)

385	I. Bien jurídico.....
385	II. Tipicidad. La figura dolosa.....
385	1. Tipo objetivo.....
386	2. Tipo subjetivo.....
387	III. Consumación y tentativa.....

VIOLACIÓN DE PRUEBA, REGISTROS Y DOCUMENTOS

(Art. 255, Cód. Pen.)

387	I. Tipicidad. La figura dolosa.....
387	1. Tipo objetivo.....
387	a) Acciones típicas.....
388	b) Supuestos en los que no se configura.....
388	2. Concurrencia con el delito de falsificación de documento por supresión. Concurso aparente.....
389	II. Consumación y tentativa.....
389	III. La figura culposa.....

408	IV. Consumación.....
407	III. Sujeto activo. Autoría.....
407	II. Tipo subjetivo.....
405	2. Comportamientos típicos.....
404	1. El cohecho activo y su relación con el cohecho pasivo.....
404	I. Tipo objetivo.....

COHECHO ACTIVO
(Art. 258, Cód. Pen.)

403	II. Tipo objetivo.....
402	I. Tipo agravado o tipo autónomo.....

COHECHO AGRAVADO
(Art. 257, Cód. Pen.)

402	b) Con negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública.....
402	a) Con la defraudación a la administración pública.....
402	5. Concurso con otras figuras.....
400	4. Consumación y tentativa.....
395	3. Sujeto activo. Autoría.....
395	2. El tipo subjetivo.....
394	e) La competencia del autor.....
394	d) Los hechos a realizar.....
393	c) La persona interpuesta. Problemas de autoría.....
393	b) La proporcionalidad de la dádiva.....
392	a) Las conductas descritas por la ley.....
391	I. El tipo objetivo.....
390	II. El tipo penal del cohecho pasivo.....
390	I. El bien jurídico tutelado.....

COHECHO
(Art. 256, Cód. Pen.)

438	I. Bien jurídico protegido.....
439	II. Tipo objetivo.....
446	III. Tipo subjetivo.....
448	IV. Culpaabilidad. Error de prohibición.....
448	V. Consumación.....

MALVERSACIÓN DE BIENES EQUIPARADOS
(Art. 263, Cód. Pen.)

432	
-----	-------

MALVERSACIÓN CULPOSA
(Art. 262, Cód. Pen.)

415	I. Bien jurídico.....
417	II. Tipo objetivo.....
424	III. Tipo subjetivo.....
426	IV. Supuestos en particular.....
428	V. Consumación.....
429	VI. Autoría y participación.....
431	VII. Peculado de bienes y servicios.....

PECULADO
(Art. 261, Cód. Pen.)

411	I. Bien jurídico protegido. Fondos públicos.....
414	II. Tipo objetivo.....
415	III. Autoría y participación.....

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS
(Art. 260, Cód. Pen.)

409	I. Tipo objetivo.....
410	II. Tipo subjetivo.....
411	III. Supuesto en que no se configura la acción típica.....

ADMISIÓN Y OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS
(Art. 259, Cód. Pen.)

JURISPRUDENCIA ANOTADA

ATENTADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: PROBLEMATICAS ABORDADAS EN EL PLENARIO "PALIENKO"

por MERCEDES RUBIO

1. La "zona de indeterminación entre el atentado y la resistencia a la autoridad" 451
2. Violencia posterior a la conclusión del acto funcional y atentado por un tercero 453

EL DELITO DE CONCUSIÓN: DOS CASOS JURISPRUDENCIALES

por NATALIA BARBERO

1. "Wowe, Carlos y otro" 455
2. "Varela Cid, Eduardo y Girella, Juan José" 458

ACTUALIDAD

EL NUEVO PROCESO PENAL ESPAÑOL: PROCESO ABREVIADO, JUICIO RÁPIDO Y PRISIÓN PROVISIONAL

por TERESA ARMENTA DEU

- I. Introducción. 463
- II. Los procesos modificados 467
1. El nuevo procedimiento abreviado 467
- A) Actuaciones de la policía judicial y del Ministerio Fiscal. 468
- B) Diligencias previas (Fase de instrucción) 468

469	C) Preparación del juicio, fase intermedia
469	o juicio de acusación.....
469	D) Juicio, sentencia y recursos.....
470	2. El procedimiento para el enjuiciamiento
470	rápido de determinados delitos.....
472	A) Actuaciones de la policía judicial.....
472	B) Diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia.....
473	C) La modalidad de conformidad en la guardia.....
474	D) Fase intermedia o juicio de acusación.....
475	E) Escrito de defensa, vista, sentencia e impugnación.....
475	3. El juicio de faltas.....
477	III. Aspectos destacables de la reforma
477	en el plano más general.....
477	1. Reforzamiento del derecho de defensa
477	y de la atención a las víctimas.....
478	2. Consagración de la conformidad como uno
478	de los instrumentos básicos del proceso penal.....
479	3. La prueba preconstituida y el acusatorio
480	IV. La reforma de la prisión provisional.....
480	1. Naturaleza y características.....
481	2. Presupuestos de la prisión provisional.....
484	3. Provisionalidad de la medida:
484	duración de la prisión provisional.....
485	A) Plazos máximos de duración de la
485	medida: la doctrina del "plazo razonable".....
486	B) Prórroga del plazo: necesidad de
486	celebrar una audiencia y de que
487	solicite la medida algún acusador.....
487	C) Cómputo del plazo.....
487	D) Libertad por expirar el plazo máximo:
487	cautelas ante tal situación.....
488	4. Procedimiento para la adopción o prórroga
488	de la prisión provisional: tribunal competente,
488	la preceptiva audiencia, resolución y recursos.....
488	A) Tribunal competente.....
488	B) Necesidad de celebrar una audiencia y que
488	se solicite la prisión por una parte acusadora.....

I. Introducción.....	495
II. Panorámica	496
III. Traducción de la BtMG.....	499
Capítulo Primero – <i>Determinaciones conceptuales</i>	499
§ 1 Estupefaciente	499
§ 2 Otros conceptos.....	500
Capítulo Segundo – <i>Autorización y procedimiento para obtenerla</i>	501
§ 3 Autorización para el tráfico de estupefacientes	501
§ 4 Excepciones a la obligación de tener autorización.....	501
§ 5 Denegación de la autorización.....	503
§ 6 Conocimiento técnico necesario	505
§ 7 Solicitud.....	506
§ 8 Decisión.....	508
§ 9 Limitaciones, plazos, condiciones y contribuciones.....	509
§ 10 Retiro y revocación.....	510
§ 10a Autorización para instalación de espacios para consumo de drogas	510
Capítulo Tercero – <i>Deberes en el tráfico de estupefacientes</i>	513
§ 11 Importación, exportación y distribución	513
§ 12 Suministro y adquisición	514

por LEONARDO G. BROND

LEY DE ESTUPEFAECIENTES ALEMANA (BtMG)

C) Resolución sobre la prisión provisional	490
D) Recursos contra la adopción de la medida	490
E) La resolución sobre prisión provisional en caso de que se haya decretado el secreto del sumario	490
F) Ejecución de la resolución: mandamientos a la policía judicial y al director del establecimiento penitenciario.....	491
5. Clases de prisión provisional: comunicada e incommunicada. Medidas alternativas a la prisión en caso de enfermedad y tratamiento de desintoxicación.....	491

§ 13 Prescripción y suministro bajo receta	516
§ 14 Denominación y publicidad	518
§ 15 Dispositivos de seguridad	520
§ 16 Destrucción	520
§ 17 Registros	522
§ 18 Comunicaciones	523
§ 18a (derogado)	524
Capítulo Cuarto – <i>Fiscalización</i>	524
§ 19 Autoridades competentes	524
§ 20 Autorización especial para casos de urgencia o de defensa	525
§ 21 Cooperación de otras autoridades	526
§ 22 Medidas de fiscalización	527
§ 23 Toma de pruebas	529
§ 24 Deber de soportar y de colaborar	530
§ 24a Denuncia de cultivo de cáñamo	530
§ 25 Costos	532
Capítulo Quinto – <i>Preceptos para autoridades</i>	532
§ 26 <i>Bundeswehr, Bundesgrenzschutz,</i> brigadas móviles y protección civil	532
§ 27 Comunicaciones e informes	533
§ 28 Informe anual a las Naciones Unidas	535
Capítulo Sexto – <i>Hechos punibles</i> <i>y contravenciones</i>	536
§ 29 Hechos punibles	536
§ 29a Hechos punibles	538
§ 30 Hechos punibles	539
§ 30a Hechos punibles	539
§ 30b Hechos punibles	540
§ 30c Pena patrimonial (declarada inconstitucional)	540
§ 31 Atenuación de la pena o dispensa de pena	541
§ 31a Dispensa de la persecución	542
§ 32 Contravenciones	543
§ 33 Comiso ampliado y confiscación	545
§ 34 Vigilancia de conducta	545

CONTRA LA PENA DE MUERTE

por ENRIQUE DÍAZ-ARANDA

Capítulo Séptimo – <i>El autor penal drogadependiente</i>	546
§ 35 Suspensión de la ejecución penal.....	546
§ 36 Cómputo y ejecución condicional de la pena.....	548
§ 37 Dispensa de la promoción de la acción pública.....	548
§ 38 Jóvenes y adultos.....	549
Capítulo Octavo – <i>Disposiciones transitorias y finales</i>	550
§ 39 Disposición transitoria.....	550
I. Planteamiento del problema.....	551
II. Argumentos históricos.....	554
III. Argumentos filosóficos.....	556
1. ¡Búsqueda de la justicia! ¿Es justo matar a los delincuentes?.....	556
2. Contradicción de principios.....	557
IV. Argumentos normativos.....	558
1. Derecho Comparado.....	558
2. Constitución vs. tratados internacionales.....	559
3. Interpretación sistemática de la Constitución.....	560
a) Delitos previstos en la Constitución.....	560
b) Los fines de la pena en la Constitución.....	563
4. La comisión de un homicidio calificado.....	563
5. Disfunción de la pena en el Código Penal.....	564
V. Argumentos criminológicos.....	565
1. Discriminación.....	566
2. Faltibilidad judicial.....	567
3. Costo.....	568
4. Eficacia.....	570
VI. Conclusión.....	571
VII. Bibliografía.....	572
Documentos.....	572
Periódicos oficiales.....	572
Medios electrónicos.....	572

**EL MENOR INFRACTOR, CON ANOMALÍAS
O ALTERACIONES PSÍQUICAS, EN
EL PROCESO ESPAÑOL**
por M^a DEL PILAR MARTÍN RÍOS

I. Consideraciones generales	573
II. El principio acusatorio	576
III. Manifestaciones del principio de oportunidad	576
1. Posibilidad de no apertura del procedimiento	576
2. Renuncia del MF a continuar tramitando el expediente	577
3. Suspensión condicional de la medida	577
4. Modificación y dejación sin efectos de las medidas	578
5. La conformidad	578
6. Sobreseimiento	579
IV. La infracción y el rechazo de las medidas terapéuticas	580
V. La práctica de diligencias acerca de las circunstancias del artículo 20 del CP	581
VI. Las medidas cautelares	582
VII. Algunos aspectos de la ejecución	585
VIII. La responsabilidad civil	585

**NOTAS SOBRE LA VIDA Y LA OBRA CIENTÍFICA DEL
PROFESOR EBERHARD SCHMIDHÄUSER (1920-2002)**
por MIGUEL POLAINO-ORTS

I. Introducción	587
II. Algunos datos biográficos sobre su vida y su carrera universitaria	588
III. Notas sobre la obra del profesor Schmidhäuser	590
A) Breve referencia al estilo	590
B) Su obra dogmática	591
1. Visión general	591
2. Fundamentos del Derecho Penal: teoría diferenciadora de la pena	592
a) Introducción	592

635	I. Excurso: transculturalidad y globalización
636	1. Un nuevo escenario para el Derecho de la biotecnología: la globalización.....
639	2. Las bases para un Derecho de la biotecnología transcultural

**PREVENCIÓN VERSUS SIMBOLISMO EN EL
DERECHO PENAL DE LAS BIOTECNOLOGÍAS**

por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

613	I. Introducción.....
615	II. ¿Asunción de categorías civiles por el Derecho Penal?
622	III. Solidaridad en Derecho Penal

por JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES

**DOS CUESTIONES ACTUALES EN LA
DOGMÁTICA DEL DELITO DE OMISIÓN**

593	b) Concepto, fin y sentido de la pena
595	c) Justificación y legitimación de la pena
597	d) El sentido de la pena en las diferentes instancias del fenómeno punitivo.....
599	3. Derecho Penal. Parte general
599	a) Exposiciones generales: <i>Tratado y Manual</i>
601	b) Problemas específicos de la Parte general: en concreto la fundamentación del injusto
609	4. Derecho Penal. Parte especial
610	5. Literatura y Ciencia del Derecho.....
611	IV. Anotación final

II. La función del Derecho Penal ante los nuevos riesgos biotecnológicos 645

1. Las dificultades del Derecho Penal para satisfacer una función preventiva en relación con la biotecnología humana 645

2. ¿La tipificación de delitos orientados al futuro como sintoma de un Derecho Penal meramente simbólico? 647

3. El Derecho Penal sobre las biotecnologías, más allá de su simbolismo 649

4. La satisfacción razonable de la función preventiva del Derecho Penal en relación con la biotecnología humana 651

5. Derecho Penal simbólico y técnicas de tipificación penal 654

5.1. Identificación o configuración de un bien jurídico digno de tutela penal 655

5.2. Acotación del objeto material de la acción con merecimiento de pena 657

5.3. Selección de las conductas 657

5.4. La elección de la estructura típica 658

5.5. La descripción específica de la acción típica 660

5.6. La antijuridicidad 661

5.7. Las consecuencias jurídicas: proporcionalidad e idoneidad 661

5.8. El continente: ley especial versus Código Penal 662

III. El principio de subsidiariedad penal: manifestaciones en el ámbito de la biotecnología humana 663

1. El autocontrol ético o deontológico: su exclusiva función de complementariedad 664

2. El control de las administraciones públicas como procedimiento preventivo 665

2.1. El intervencionismo de las administraciones públicas 665

2.2. Infracciones y sanciones administrativas 667

3. La responsabilidad por hechos dañosos o de riesgo 668

IV. Fundamentos para la intervención del Derecho Penal en la biotecnología humana.....	668
1. La vinculación a los principios de intervención del Derecho Penal contemporáneo.....	668
2. La vinculación a la protección de bienes jurídicos	671
3. Los nuevos bienes jurídicos comprometidos con las intervenciones genéticas	674
3.1. La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano	675
3.2. La identidad e irrepetibilidad del ser humano.....	677
3.3. La supervivencia de la especie humana.....	679