

Revista de Derecho Penal

Publicación semestral

CONSEJO DE REDACCIÓN

EDGARDO ALBERTO DONNA

JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE

ROXANA GABRIELA PINA

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

MARÍA CECILIA MAIZA

SECRETARÍA

MARIANA SALDUNA

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

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

Amos, Kai

Botke, Wilfried

Döling, Dieter

Eser, Albin

Freund, Georg

Frisch, Wolfgang

Gössel, Karl Heinz

Gropp, Walter

Hassmer, Winfried

Hirsch, Hans Joachim

Hruschka, Joachim

Huber, Barbara

Jakobs, Günther

Jeroschek, Günter

Jörden, Jan

Köhler, Michael

Küpper, Georg

Lilje, Hans

Naucke, Wolfgang

Roxin, Claus

Schöne, Wolfgang

Schünemann, Bernd

Tiedemann, Klaus

Zaczek, Rainer

Zieschang, Frank

Brasil

Regis Prado, Luiz

Chile

Yáñez Pérez, Sergio

Costa Rica

Chirino, Alfredo

España

Alastuey Dobón, María del Carmen

Alvarez Alarcón, Arturo

Armenta Deu, Teresa

Bacigalupe, Enrique

Bacigalupe Sagese, Silvina

Bajo Fernández, Miguel

Boldova Pasamar, Miguel Ángel

Cerezo Mir, José

Cuello Contreras, Joaquín

De la Cuesta Aguado, Paz María

Del Rosal Blasco, Bernardo

Díez Ripollés, José Luis

Ferré Olive, Juan Carlos

Gil Gil, Alicia

Gimbernat Ordeig, Enrique

Gracia Martín, Luis

Higuera Guimera, Juan Felipe

Hormazabal Maizábe, Hernán

Jaén Vallejo, Manuel

Jorge Barreiro, Agustín

Laurenzo Coppel, Patricia

Luzón Peña, Diego-Manuel

Meleandos Pardo, Mariano

Mir Puig, Santiago

Muñoz Conde, Francisco

Ostos, José Martín

Polaino Navarrete, Miguel

Rodríguez Montañés, Teresa

Romeo Casabona, Carlos María

Rueda Martín, María Angeles

Serrano Gómez, Alfonso

Serrano Maíllo, Alfonso

Silva Sánchez, Jesús María

Suárez Montes, Rodrigo Fabio

Terradillos Basoco, Juan María

Vives Antón, Tomás

AGUIRRE OBARRIO, EDUARDO
BAIGÚN, DAVID
BASILICO, RICARDO ANGEL
BÖHM, CARLOS
BUOMPADRE, JORGE E.
BUTTELER, JOSÉ ANTONIO
CAFFERATA NORES, JOSÉ I.
CAMADRO, JORGELINA
CHIARA DÍAZ, CARLOS ALBERTO
CREUS, CARLOS
D'ALBORA (h), FRANCISCO J. (t)
D'ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ
DOMÍNGUEZ, FEDERICO
ERBETTA, DANIEL A.
FIERRO, GUILLERMO J.
GARCÍA VITOR, ENRIQUE
GEMIGNANI, JUAN CARLOS
HENDLER, EDMUNDO SAMUEL

LEDESMA, ANGELA
LÓPEZ GONZÁLEZ, MIRTA
MALAMUD GOTTI, JAIME
MINATTA, OMAR FLORENCIO
NAVARRO, GUILLERMO RAFAEL
OLAZÁBAL, JULIO DE
PÉREZ GALIMBERTI, ALFREDO
PESSOA, NELSON
RIGHI, ESTEBAN
ROMERO, GLADYS
SANDRO, JORGE
SPOLANSKY, NORBERTO EDUARDO
TERRAGNI, MARCO ANTONIO
TOZZINI, CARLOS A.
VITALE, GUSTAVO L.
ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL

CONSEJO CONSULTIVO NACIONAL

DÍAZ-ARANDA, ENRIQUE
MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS

México

FERRAJOLI, LUIGI
INSOLERA, GAETANO
DI LUCIA, PAOLO
MAZZACUVA, NICOLA

Italia

ROTMAN, EDGARDO
FLETCHER, GEORGE

Estados Unidos

Uruguay

FERNÁNDEZ, GONZALO

Suiza

HURTADO POZO, JOSÉ

Perú

ARMAZA GALDÓS, JULIO E.
OLACHEA, JOSÉ URQUIZO
VILLA STEIN, JAVIER

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

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

Revista de derecho penal 2004-2 : delitos contra la adm-
nistración pública II / dirigido por Edgardo Alberto Donna
- 1ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2005
712 p. : 23 x 16 cm
ISBN 950-727-604-1
1. Derecho Penal - I. Donna, Edgardo Alberto, dir.
CDD 345

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal, por EDGARDO ALBERTO DONNA	9
Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno (Análisis de la tesis de jurisprudencia número XXXIX/2002), por RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS	31
Checho, exacciones ilegales y concusión. Casos cuya subsumción legal genera inconvenientes. El delito de concusión como delito independiente, por ROXANA PIÑA	99
Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales, por JAVIER AUGUSTO DE LUCA y JULIO E. LÓPEZ CASARIEGO	117
El delito de falsa denuncia. Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia, por JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE y GENOVEVA INÉS CARDINALI	151
El delito de falso testimonio, por GUSTAVO GOERNER	183
En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y de concusión, por GONZALO SEGUNDO RUA	203
Algunas consideraciones acerca del delito de prevaricato, por VANESA S. ALFARO	251
El artículo 270 del Código Penal: ¿Frisión preventiva ilegal o la historia del delito que quiso y no pudo ser?, por NICOLÁS AMOROSO	279
Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada, por JAMES REATEGUI SÁNCHEZ	309

JURISPRUDENCIA	
Delitos contra la administración pública,	
por MARÍA CECILIA MAIZA.....	355
JURISPRUDENCIA ANOTADA	
El favorecimiento imprudente de la evasión de	
detención legal, por SANDRO F. ABRALDES.....	569
Requisitos objetivos y subjetivos del delito previsto en el artículo 269	
del Código Penal. Prevaricato, por INÉS CANTISANI.....	599
ACTUALIDAD	
La posesión como hecho punible,	
por Prof. DR. H. C. FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER.....	613
Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal español	
en 2003: de la "tolerancia cero" al "Derecho Penal	
del enemigo", por FRANCISCO MUÑOZ CONDE.....	631
La personalidad del exhibicionista y su capacidad de culpabilidad,	
por FEDERICO MAIULINI y LUIS O. MAIULINI.....	671
ÍNDICE SUMARIO	695

Doctrina

James Reátegui Sánchez

Nicolas Amoroso

Vanesa S. Alfaro

Gonzalo Segundo Rúa

Gustavo Goerner

Genoveva Inés Cardinali

Javier Esteban de la Fuente

Julio E. López Casariego

Javier Augusto De Luca

Roxana Piña

Rodolfo Félix Cárdenas

Edgardo Alberto Donna

EL CONCEPTO DOGMÁTICO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL¹

por EDGARDO ALBERTO DONNA

SUMARIO: I. Introducción. II. El estado actual del problema. III. El autor. IV. El autor y el concepto de funcionario público. 1. Análisis general. 2. La teoría administrativista que diferencia al funcionario del empleado administrativo. 3. La crisis de esta posición dentro del Derecho Administrativo. 4. La antigua teoría que da autonomía al concepto de funcionario público en el Derecho Penal. V. Análisis dogmático del concepto de funcionario público.

I. Introducción

Cuando se encara el tema del funcionario público se parte de la base que hace referencia a un Estado constitucional, democrático y social de Derecho. El que tiene como características principales que se trata de un Estado aconfesional, laico, que busca el desarrollo de la educación, la protección de la salud y la seguridad social de las personas. Este Estado constitucional tiene, como se ha dicho, un componente progresivo, con dimensiones liberales y sociales que buscan el equilibrio, se basa en el iluminismo que lleva a exigir una sociedad abierta y pluralista².

¹ Se sigue en este trabajo al presentado por nosotros en el homenaje al profesor Enrique Bacigalupo, en *Sistemas Penales Iberoamericanos*, Ara, Lima, Perú, 2003, ps. 1079 y ss.

² PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Honrar a la Constitución*, en diario *El País* del 18-7-2003, p. 9.

Esta constitución, en palabras de Peces Barba, significa pues la llamada por Habermas constitución cultural, que se funda en la dignidad humana, el contractualismo, la soberanía popular, el principio de las mayorías, la limitación del poder, el sometimiento de los gobernados y gobernantes a la ley, la laicidad, la tolerancia, que no son otra cosa que los elementos centrales de la cultura política y jurídica de la modernidad³. Por ende, es éste un concepto que proviene de la Ilustración, que fue definida por Giovanna Borradori de la siguiente forma: "La Ilustración describe no solamente un período específico, que coincide históricamente con el siglo XVIII, sino también la afirmación de la democracia y la separación del poder político y las creencias religiosas, que fue en lo que se enfocaron las revoluciones francesa y norteamericana"⁴.

Por lo tanto, el tema del funcionamiento público, de su concepto, de su posibilidad de ser autor de los delitos que los códigos penales han tipificado, se encuadra dentro de este modelo de Estado, sujeto a la Constitución.

Si nos referimos a otro tipo de Estado, especialmente los modelos que se han dado en Latinoamérica, antidemocráticos y violadores de los derechos humanos básicos, entonces hay que aseverar que se trata de un Estado anticonstitucional, corrupto en su esencia e inadmisibles desde el punto de vista político-jurídico y de los derechos básicos del hombre. Esto lleva a concluir que cualquier explicación dogmática sobre este tipo de Estado antidemocrático es, a nuestro juicio, superflua, en igual sentido que lo sería el hacer dogmática penal sobre las leyes que regían el campo de concentración del tiempo de Hitler o de la última dictadura argentina. En este punto el jurista debe ser claro. Podrá el sociólogo analizar este tipo de Estado, pero el hombre de Derecho debe partir de supuestos precisos, que son los antes nombrados. Permítanme citar en mi ayuda a Wagner, quien en el *Oro del Rhin*, según los últimos estudios, ha perfilado la figura del ejecutivo fascista, que en su base demagoga es esencialmente corrupto. En este sentido

³ PECES BARBA MARTÍNEZ, *Honrar a la Constitución* cit., p. 9.
⁴ BORRADORI, Giovanna, *Introducción. El terrorismo y el legado de la Ilustración. Habermas y Derrida*, en *La filosofía en una época de terror*, 1ª ed., Taurus, Buenos Aires, 2004, ps. 39/40.

el personaje de Hagen es quizás el prototipo del fascista en su papel de apoyo o sostén del rey Gunther, ya que realiza el trabajo sucio necesario para poder mantener el poder. La idea está contenida en la expresión: "Nuestro honor se llama fidelidad". Este es, según el autor citado, el procedimiento más puro de admiración al héroe totalitario. Tales actos son realizados para el rey aun cuando se causen víctimas, y sean para ese Estado graves delitos. Quien sabía este doble juego fue, sin duda, Hitler, cuando en vistas al Holocausto se sirve de Himmler como su Hagen. Esto resulta claro en un discurso a los grupos de jefes de la SS en Posen el 4 de octubre de 1943. Allí expresa abiertamente la idea de los homicidios en masa de los judíos, "como una página nunca escrita de nuestra historia". Los asesinatos de mujeres y niños son exigidos expresa y definitivamente. "Yo mantengo para mí la autorización, la exterminación de esos hombres para evitar la formación, luego de la venganza para nuestros hijos. Se debe hacer desaparecer a este pueblo de la tierra". "Ich hielt mich nämlich nicht für berechtigt, die Männer auszurufen – sprich also umzubringen oder umbringen zu lassen –, und die Racher in Gestalt der Kinder für unsere Söhne und Enkel groß werden zu lassen. Es musste der schwere Entschluss gefasst werden, dieses Volk von der Erde verschwinden zu lassen".

Este funcionario, cuya lealtad es al hombre que ejerce el poder y no a la ley, es el que se debe repudiar desde la perspectiva que hemos tomado. En síntesis, y para evitar cualquier confusión, se parte en esta exposición del punto de vista de que el Estado, al cual nos referimos, es aquel surgido de la Constitución a la cual están sujetos todos los poderes del Estado. Todos deben obediencia a la ley.

II. El estado actual del problema

La llamada corrupción de los funcionarios públicos ha pasado en América hispánica a ser casi una constante. Esta situación es aprovechada por aquellos que intentan reemplazar la política por los gerentes empresariales, que es otra forma más sutil de aprovechamiento de los bienes públicos.

La falta de una cultura democrática, producto de golpes de Estado, y la creencia de que la cosa pública es parte del patrimonio privado contienen la idea de que la llegada a la función pública, en cualquiera de sus jerarquías, tiene como consecuencia el acrecentamiento del patrimonio propio, en perjuicio del pueblo en general. Entonces, ya no existen órganos o poderes del Estado con idea de fin, de servicio, sino sólo con la idea de autoserivicio a sus miembros: sueldos altos, utilización de los bienes del Estado para uso propio, beneficios impositivos, como mínimo y como máximo el lucro a costa del Estado en general. Ambas son formas de corrupción.

De ahí la importancia de volver sobre estos temas, no para solucionarlos con la pena, que sigue siendo en este y en cualquier otro ámbito la *ultima ratio*, sino para precisarlos, en vista al principio de legalidad⁶.

III. El autor⁷

1. Como se sabe, el autor es el centro de la imputación penal. Nosotros hemos afirmado la posición de que el resultado se debe imputar a una acción libre, de modo que la imputación objetiva es una mera imputación causal, que sin duda es un avance por sobre la posible imputación mágica, como lo fue el caso de Edipo Rey.

El autor que es libre y que lleva a que en él se termine lógicamente con la posible imputación es el que actúa, en el caso de los delitos dolosos, dominando el hecho, tanto objetiva como subjetivamente. De acá se deduce que el dolo deja de ser un concepto descriptivo, para pasar a ser un concepto adscriptivo⁸.

Ahora bien, en algunos casos el Código Penal limita de una manera precisa quién puede ser autor. Son los casos de los delitos especiales propios.

⁶ De suma importancia es la Convención Interamericana contra la Corrupción. En ella se han precisado algunas cuestiones que hacen a nuestro tema.

⁷ Como aclaratoria, en lo que sigue hemos tomado lo afirmado en nuestro libro *Derecho Penal. Parte especial*, en los delitos contra la administración pública, Rubinzal-Binza-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 17 y ss.

⁸ DONNA, Edgardo A., *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, ps. 71 y ss.

En los casos de los delitos en contra de la administración pública el Código Penal argentino ha tipificado conductas que pueden ser en la mayoría de los casos cometidas por funcionarios públicos, y de una manera secundaria por los particulares, siguiendo en este punto el criterio napoleónico de 1810, en el sentido de que basó todo el sistema en la parte subjetiva, esto es, el autor del hecho, ya que en gran mayoría describe tipos penales que exigen un autor calificado que especializa el delito. En otras palabras, se trata de los llamados delitos especiales propios⁹. En estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas calificadas o autores idóneos, mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho.

De manera sencilla se puede afirmar que en estos casos el *extraneus* no puede ser autor de estos hechos punibles, ni como autor directo, ni como autor mediató, ni como coautor. Sólo es posible, desde esta óptica, la participación, tanto como complicidad, como por instigación¹⁰.

Lange había definido a estos delitos como aquellos que específicamente, en virtud de su especial injusto típico, sólo pueden ser cometidos por determinadas personas¹¹. Cerezo habla de que en estos casos la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico¹². En esta posición el criterio del dominio del hecho, que es mayoritario para fijar el concepto de autor, se complementa debido a la calificación especial del autor.

Con la idea de salvar este problema, la doctrina ha buscado otra forma de explicar este tipo de delitos y ha recurrido a la vieja idea germánica de los delitos de deber.

2. Roxin ha sostenido que se trata de delitos de deber (*Pflichtdelikte*), en los cuales la autoría se funda en la lesión a un deber especial, que sería extratípico. En este punto Roxin contrapone los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) a los delitos de deber (*Pflichtdelikte*). En estos últimos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, ya que la sanción se afirma sobre una persona que infringe los

⁹ DONNA, *La autoría y la participación criminal* cit., p. 48; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

¹⁰ MAURACH-GOSSEL, AT, 47, V, 116; RG 63, 35, BGH, 4, 359.

¹¹ LANGE, *Das Sonderverbrechen*, p. 456.

¹² CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, PG, 5ª ed., t. II, p. 113.

leberes que pesan sobre él, los cuales se derivan del papel o del rol social que desempeña¹³. Por ende, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente preordenado a la ley que, como se ha dicho, procede de otros ámbitos jurídicos. La autoría se determina desde esta perspectiva por el deber específico, que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica, de los que están implicados y comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la sanción prevista en el tipo, existente en todo delito. Se trata de un deber extrapenal, que no se extiende a todos los implicados en el delito. Son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho¹⁵.

Esto tiene como consecuencia que importe, en estos delitos, que la infracción sea por acción o por omisión¹⁶. En palabras de Roxin: "El elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas [...] Todos ellos se caracterizan porque el obligado

¹³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* cit., ps. 383 y ss.

¹⁴ ROXIN, ob. cit., p. 384.

¹⁵ ROXIN, ob. cit., p. 385; la crítica está en MAURACH-GÖSSEL, ob. cit., par. 47, n. marginal 117. Con el dictado de leyes de ética pública, como la ley 25.188

en la Argentina, sería interesante analizar si los deberes jurídicos que allí se explicitan no son la fuente del deber en el sentido de Roxin, y que su violación conlleva la imposición de una pena. Adviértase que el art. 3º de la ley establece una serie de deberes que son la base, tanto del delito de cohecho como del de malversación de caudales públicos, así como del de enriquecimiento ilícito, sin perjuicio, en este último caso, de la inconstitucionalidad a que hemos hecho referencia (DONNA, *Derecho Penal...* cit., t. III, ps. 382 y ss.).

¹⁶ La doctrina mayoritaria ha aceptado esta posición. Puede verse CRAMER, en SCHÖNKE y SCHRÖDER, 21ª ed., p. 322, 32. También la doctrina fue admitida en España. De manera completa, GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, conferencia dictada en la Facultad de Derecho, UBA, sin publicar; también, y es la que se sigue, del mismo autor, *El actuar en lugar de otro*, en *Derecho Penal. Teoría general*, Prensa Universitaria de Zaragoza, Zaragoza, 1985, t. I, p. 316.

sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con la figura central del suceso, como autores, precisamente debido a esta obligación¹⁷ [...] Quien tiene ese deber es guardián y preservador del bien jurídico amenazado¹⁸.

De la singularidad del tipo se deduce que los miembros de ese círculo de personas, siempre que concurren los demás elementos del tipo, responden como autores. Un ejemplo estaría dado por el tipo penal de la administración fraudulenta, en el cual se quebranta el deber de velar por un patrimonio ajeno.

Pero a nuestro juicio el problema mayor se da con la autoría. Se parte del presupuesto de que en estos delitos no se requiere para la autoría que exista el dominio del hecho y es suficiente que el agente incumpla su deber. La consecuencia más importante es que si el funcionario deja la ejecución de la acción a un tercero, que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría, también será autor, en este caso mediato.

De allí que se haya sostenido que el problema del llamado instrumento no doloso no cualificado tiene una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un *ex-trans* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado es autor mediato, puesto que vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe ha determinado al menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo. Partícipe será sólo aquel que coopera en la realización del tipo, sin vulnerar el deber especial extrapenal, que fundamenta la autoría. Vista así la cuestión ya no es el dolo, como elemento del dominio del hecho, lo que fundamenta la autoría, sino que es el deber. La consecuencia es que puede haber inducción aunque el autor actúe con error de prohibición. Para ello se debe aceptar: a) que sólo la violación del deber fundamenta la autoría, y b) que la participación es de naturaleza secundaria, esto es que se actúe sin el deber especial.

2.1. *Los delitos de infracción de deber y la Ley de Ética Pública (Ley 25.188)*. Si bien nosotros hemos criticado esta posición de Roxin

¹⁷ ROXIN, ob. cit., p. 387.
¹⁸ ROXIN, ob. cit., p. 409.

en nuestro libro sobre autoría, se podría, siguiendo estos lineamientos, hacer una construcción de la autoría en el Derecho argentino, teniendo en cuenta que se ha dictado la Ley de Ética Pública (ley del Congreso de la Nación 25.188), en donde se establecen expresamente los deberes del funcionario y su sanción. Con ello se da pie al fundamento del injusto y se afirmaría la idea de que en estos delitos existe una violación a un deber que se encuentra antes del tipo penal y que viene a definir al autor. Lo que llevaría, entonces, a la justificación dogmática en cuanto la mayoría de estos delitos son delitos de peligro, como el cohecho, la malversación de caudales públicos y hasta la propia exacción.

La Ley de Ética Pública establece en su artículo 2º una serie de deberes que, como se dijo, fundamentan la autoría en los delitos del Código Penal de los funcionarios públicos. La ley habla de que los sujetos comprendidos en la misma se encuentran obligados a cumplir con los deberes y pautas de comportamiento ético¹⁹. Pero, no dejando

¹⁹ Capítulo II: *Deberes y pautas de comportamiento ético.*

"Artículo 2º – Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

"a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno.

"b) Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana.

"c) Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular.

"d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello.

"e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan.

"f) Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados.

"g) Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio

dudas del carácter jurídico de ellos, agrega en su artículo 3º que su incumplimiento acarrea sanción y hasta la cesantía del cargo: "Todos los sujetos comprendidos en el artículo 1º deberán observar como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones. Si así no lo hicieren serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función".

La relación entre los deberes y los tipos penales se puede hacer de la siguiente forma:

2.1.a. El artículo 2.a expresa que uno de esos deberes es "Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno". De este texto no hay problemas en fundamentar el artículo 248 del Código Penal, en tanto el funcionario se aparta del cumplimiento de ambos mandatos.

2.1.b. Del artículo 2.c, en cuanto expresa que el funcionario debe "Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular", se puede fundar el artículo 265, que tipifica las llamadas negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones. Es claro que la esencia de este delito es el desdoblamiento del funcionario público que al hacerlo hace valer el interés privado en contra del interés público²⁰.

2.1.c. Del artículo 2.d, en cuanto exige: "No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que

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.

"h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.

"i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil".

"Artículo 3º - Todos los sujetos comprendidos en el artículo 1º deberán observar como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones. Si así no lo hicieren serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función".

²⁰ DONNA, *Derecho Penal*, cit., t. III, ps. 311 y ss.

deriven en ello", surgen el delito de cohecho del artículo 256 y la exacción ilegal y la concusión, cualquiera sea la posición que se siga en este punto²¹.

2.1.d. Del artículo 2.º f, que reza que el funcionario debe "Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados", y del inciso g, que afirma que el funcionario público debe "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", parece fundarse la malversación de caudales públicos y el peculado de los artículos 260 y 261 del Código Penal.

3. *Critica a la posición de Roxin.* La teoría de Roxin ha sido criticada. En primer lugar se afirma que de seguirse la teoría sólo existiría desvalor de acción, que es esta especial infracción a los deberes especiales²², descartándose el desvalor de resultado ya que no habría ni lesión ni peligro para el bien jurídico. Adviértase que si se analiza este tipo de delitos, como ser la administración fraudulenta, sólo se requeriría la violación del deber, pero no el daño patrimonial en sí. Si se quisiera afirmar que también existe el desvalor de resultado, debería reconocerse que la autoría no sólo se fundamenta en la infracción de un deber, especial, sino que habría que exigir algún otro requisito. En palabras de Gracia Martín, "por lo menos en la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción"²³.

Además, se afirma que de seguirse este criterio y como una consecuencia lógica no podría distinguirse entre delito consumado y tentativa, ya que la infracción al deber es lo que constituye lo injusto de tales delitos, de modo que dada la infracción del deber, ya se consumaría el delito, no aceptándose la tentativa²⁴. Volviendo al ejemplo, si hipo-

²¹ DONNA, *Derecho Penal*, cit., t. III, ps. 331 y ss.

²² GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro* cit., t. I, p. 333.

²³ GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, p. 334.

²⁴ GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, p. 334.

téticamente se considerara que la administración fraudulenta sólo se trata de un delito de violación de deberes, es claro que no hay posibilidad de tentativa, ya que basta que se viole el deber para que se consuma el delito, al no exigirse el resultado de daño.

Otro reparo que se hace a la teoría de Roxin reside en que estaría

en contraposición con la concepción del Derecho Penal que surge de la teoría del Estado de Derecho, debido a la vaguedad de los deberes en cuestión. Y esto es de aplicación, sin lugar a dudas, a los delitos de funcionarios públicos. Gracia Martín afirma en este sentido que "en los delitos de funcionarios, no habría más remedio que referir la infracción del deber a vagos y genéricos conceptos como 'deber de fidelidad', 'deber de obediencia', 'deber de subordinación', etcétera"²⁵, de modo que "en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero, contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creemos que la lesión de un deber extrapenal—formalizado o no—puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial"²⁶. Por ende, se trataría de una tautología, ya que el funcionario que revela secretos que tiene a su cargo, con la obligación de no hacerlos públicos, es claro que infringe las obligaciones que tenía por su rango y jerarquía, pero de ninguna manera explica la esencia del delito especial²⁷.

Urquiza Olaechea ha sostenido que presenta una visión monista y totalitaria del sistema administrativo que tiene como consecuencia una pobre interpretación de los tipos penales, ya que no tiene explicación cuando son los particulares los que realizan la lesión²⁸. El mismo autor agrega con inteligencia que de tomarse esta posición estaría en contra de los principios del Estado democrático, ya que todo el sistema estaría en función de los fines del Estado, dejando de lado a los ciudadanos y a la sociedad civil y llevaría, por ende, una especie de fidelidad de

²⁵ GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, p. 335.

²⁶ GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, p. 337.

²⁷ GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, p. 337.

²⁸ URQUIZO OLAECHEA, *Teoría penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición especial sobre el Código Penal peruano, t. 12, p. 243.

los ciudadanos a ese Estado. Y concluye: "Esta posición pasa por alto el desenvolvimiento normativo propugnado en la Constitución respecto a cómo se debe fundamentar un objeto de protección penal y, por ello, la doctrina mayoritaria se inclina por rechazar este criterio como fundamento del bien jurídico en los Delitos contra la Administración Pública".²⁹

También la posición de Roxin ha sufrido críticas desde otra perspectiva³⁰. En efecto se ha afirmado que quien siga esta posición debe aceptar como autor a todo aquel que, como titular del deber especial, realice simultáneamente la lesión de éste y la lesión típica del bien jurídico, con la consecuencia de que dicho titular jamás podrá ser partícipe en el ámbito de los hechos dolosos. La crítica consiste en que la lesión de un deber extratípico no puede decidir acerca de la calidad de sujeto del hecho determinado en el tipo y, además, que aun dada la existencia de los elementos esenciales, puede faltar el dominio del hecho, considerado, aun para estos delitos, como básico. Luego, la mera participación es posible ante la existencia de los elementos especiales de autoría por propia mano³¹.

4. *La posición de Gracia Martín*. En vistas al fracaso de la teoría de los delitos de deber, Gracia Martín ha sostenido que en este tipo de delitos, en donde aparece un autor especial, la fundamentación del autor calificado se encuentra en una relación especial que tiene el autor con el bien jurídico protegido.

Para poder llegar a esa conclusión se debe partir de la distinción entre los llamados bienes jurídicos primarios, cuya agresión está al alcance de cualquier persona, y aquellos otros bienes jurídicos en los cuales, aunque el particular quiera, no puede lesionar ciertos bienes jurídicos, ya que no están a su disposición porque están dentro de un ámbito en el cual se cumplen las funciones dentro de esas estructuras que son cerradas y, por ende, limitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos, sino sólo los habilitados, en este caso los funcionarios públicos.

A esta relación entre determinados bienes jurídicos y las personas

²⁹ URQUIZO OLACHEA, *Tutela penal y sujetos especiales propios...*, cit., p. 243.
³⁰ MAURACH-GÖSSEL, 47, t. II, par. 47, 5, 117.
³¹ MAURACH-GÖSSEL, ob. cit., par. 47, 5, 117.

habilitadas para agredirlos o respetarlos Gracia Martín la llama "relación de dominio", pues su fundamento se encuentra en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre ciertos bienes jurídicos³². Con esta base se contesta a la pregunta acerca de cuál es la razón por la que el legislador ha restringido la autoría en los delitos especiales: es la estrecha relación que existe entre el autor y el bien jurídico, situación que no existe con respecto a terceras personas. "En los delitos especiales, sujeto y objeto no son intercambiables. Así, por ejemplo, la acción típica del delito de prevaricación judicial es 'dictar sentencia injusta'. Pero dicha acción de agresión al bien jurídico protegido —la recta administración de justicia— sólo puede realizarla el sujeto que ostente la calificación de juez, porque sólo él tiene acceso a ese bien jurídico. Sólo un juez puede dictar una sentencia injusta. Y por pasiva, una sentencia injusta puede ser dictada sólo por un juez"³³.

IV. El autor y el concepto de funcionario público

1. *Análisis general*

Como el Código Penal, en el Título III, se refiere, en la mayoría de los delitos tipificados, al autor determinándolo como funcionario público, la doctrina argentina pasada buscó en un primer momento definirlo acudiendo a la doctrina administrativa, y dentro de ésta a la posición que diferenciaba entre funcionario y empleado. Con lo cual, y como se verá, dependió de lo que se sostuvo en ese ámbito del Derecho. Con ello y durante largo tiempo la discusión se centró sólo en ese punto, de manera que todo el tema estaba en la discusión sobre si el autor del hecho era o no funcionario de acuerdo a si expresaba o no la voluntad del Estado, que en el fondo era el criterio determinante. Se perdió de vista, a nuestro juicio, que la propia ley penal ya contenía una definición de funcionario público y que en base a la aplicación de la teoría del injusto se podía resolver el problema de manera más consistente. Había que definir previamente, tal como se ha visto, cuál era el concepto de autor desde los criterios existentes

³² *El actuar en lugar de otro cit.*
³³ GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, p. 338.

y luego aplicarlos al funcionario, de acuerdo a la definición dada por el Código Penal y ahora por la Convención contra la Corrupción.

El Código Penal argentino, siguiendo en esto la idea de conceptualizar algunos conceptos básicos, ha definido como funcionario público a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente³⁴. La expresión venía del Proyecto de 1891 (art. 109), en cuya Exposición de Motivos se hacía referencia a que se había imitado al Código holandés, al agrupar en un solo título las palabras y las locuciones "cuya exacta significación debe fijarse para mayor inteligencia de la ley que las emplea"³⁵. Sin embargo, el senador Rojas ya había sostenido que debía suprimirse el artículo, dado que no era necesario³⁶. No hay pues ninguna otra ayuda legal sobre este tema, salvo el artículo 268 (2), que habla de cargo o empleo público, que puede cooperar en la distinción que, como se verá, sostiene una parte de la doctrina entre funcionario y empleado público.

2. La teoría administrativa que diferencia al funcionario del empleado administrativo

Como se dijo anteriormente, la doctrina argentina acudió al Derecho Administrativo a los efectos de buscar el concepto de funcionario público. La posición más conocida ha sido, en este aspecto, la de Ricardo Núñez, quien conceptualizó en relación a la participación o ejercicio de la función pública, pero haciendo notar que esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público³⁷.

³⁴ Cuando expresa que "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

³⁵ Exposición de Motivos, p. 380 del *Digesto de Codificación Penal argentina*, dirigido por Eugenio Zaffaroni y Miguel Arnedo, t. 2, AZ Editora, Buenos Aires.

³⁶ MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, t. III, ps. 251 y ss.

³⁷ NÚÑEZ, Ricardo C., *El significado del concepto de "funcionario público" en el Código Penal*, en J. A. Doctrina 1970, p. 544.

Esta posición tenía su fuente en autores como Bielea, para quien es funcionario público el que, en virtud de designación especial y legal, sea por decreto ejecutivo, sea por elección, de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera limitada de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público³⁸. En análoga opinión Marienthoff afirmaba que funcionario público es el que actúa en jerarquía de cierto nivel superior, en tanto que empleado es el encuadrado en niveles jerárquicos de menor trascendencia con relación al funcionario³⁹. Núñez afirmaba que en lo que al Derecho Penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público es la participación o el ejercicio de funciones públicas. Esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público, y agrega que, excepcionalmente, el Código Penal reputa como funcionario público a una persona a la cual no se ha delegado el ejercicio de la función pública por elección popular o nombramiento de autoridad competente, como, por ejemplo, en el caso del artículo 237, en el cual se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito⁴⁰.

Más cerca en el tiempo, Creus afirmaba que el Código no ha equiparado al funcionario y al empleado público, ya que al describirlos se refiere a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, es decir, como todo aquel que cumple una función pública. Claramente, pues, lo que define la norma es el funcionario público en las acepciones del Derecho Administrativo, simplemente, indicando que cuando la ley habla de empleado público puede referirse también al funcionario público en sentido propio⁴¹.

³⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 3.

³⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. III-B, ps. 39-40.

⁴⁰ NÚÑEZ, *El significado...*, cit., p. 544.

⁴¹ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 6.

Como se ve, los garantes de estos autores son los doctrinarios del Derecho Administrativo, de modo que la remisión a esos textos era casi obligatoria, especialmente a Bielsa⁴² y a Marienthoff⁴³.

3. *La crisis de esta posición dentro del Derecho Administrativo*

En contraposición, autores más modernos como Gordillo⁴⁴ han descartado esa distinción, afirmando que ella no tiene sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo, en consecuencia, ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. En efecto, el funcionario que se podría considerar de más jerarquía, o sea, el propio presidente de la República, no desempeña sus funciones sólo a través de órdenes o decisiones; también realiza comportamientos materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, descubrir una placa, colocar la piedra fundamental de un edificio, etcétera. Lo mismo puede decirse de un empleado de poca jerarquía administrativa, por ejemplo, un ordenanza, quien cuando debe preparar el café no realiza una pura operación material, pues también debe lógicamente decidir, en el ejercicio de su función, qué taza habrá de emplear, si el café está suficientemente caliente, etcétera. En igual forma un agente de policía actuará como "funcionario" cuando dé la orden de detención a un sospechoso, cuando decida detener el tránsito o darle paso, pero luego actuará como "empleado" cuando debe trasladar un preso a tribunales, o cuando debe llevar un expediente a otra oficina, etcétera. Ningún agente de la administración tendrá así la calidad exclusiva de "funcionario" o "empleado"; todos serían al mismo tiempo, o alternativamente, tanto lo uno como lo otro. Con ello se advierte, según el autor citado, que la distinción carece de sustento real, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado, sino a lo sumo distintos tipos de actuación de

⁴² BIELSA, *Derecho Administrativo* cit., t. III, p. 29.

⁴³ MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. III-B, párr. 839, p. 37.

⁴⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1994, t. I, párr. X, ps. 1-2.

ellos. Y para marcar que la diferencia tampoco tiene base legal, expresa que no sólo la distinción no tiene básica lógica y real, sino que tampoco se ajusta al Derecho positivo; ello se advierte claramente tanto en el Código Civil, como en el Código Penal, como en el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional. El Código Civil establece en su artículo 1112: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título", y agrega en la nota: "De los jueces y oficiales del Ministerio Público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado". Como se advierte, mientras el artículo utiliza el término "funcionario", la nota habla de los demás "empleados", aplicando también a ellos la disposición del artículo, con lo que, en la aplicación de la responsabilidad civil, no se hace distinción alguna entre funcionario y empleado.

El Código Penal, como ya se señalara, dice en su artículo 77: "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público' usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". Además, según Gordillo, el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional dispone, en su artículo 1º, que "Este estatuto comprende a todas las personas que, en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente, prestan servicios remunerados en dependencias del Poder Ejecutivo Nacional", y con igual criterio todo el resto del articulado se refiere a la expresión "el personal" o al "agente", evitando hacer distinción entre supuestos funcionarios y empleados.

Y como base de su propuesta acude el autor nombrado a la propia Constitución Nacional, que, cuando habla del presidente y vicepresidente de la Nación, dice que "durarán en sus empleos el término de seis años..." (según texto anterior).

En suma, el Derecho positivo argentino, desde esta posición, no hace diferenciación entre "funcionarios" y "empleados", y, por el contrario, establece que todos los agentes de la administración tienen la

misma calificación jurídica. Si ello es así, y si además la distinción carece de base real, siendo su único sustento el uso vulgar que le asigna el nombre de "funcionario" a los agentes de mayor jerarquía presupuestaria, y de "empleado" a los de menor jerarquía, ninguna razón de índole teórica o práctica justifica mantenerla: debe, por lo tanto, eliminársela.

4. *La antigua teoría que da autonomía al concepto de funcionario público en el Derecho Penal*

Ramos Mejía afirmaba que el término "funcionario público" debía entenderse en el sentido admitido en el Código Penal, coincida o no con el alcance que pueda tener la expresión en el Derecho Administrativo, y sirve de esta forma para unificar la jurisprudencia y para simplificar el complejo sistema del Derecho Administrativo⁴⁵.

En la misma postura se encuentra Soler, quien interpreta que el término "funcionario público" es el previsto por el propio Código Penal. Aclara que el concepto de funcionario público está fijado por el artículo 77 del Código Penal, con validez para las definiciones del presente título, con las excepciones que la propia ley trae. Esta parece ser la posición en el Perú de Rojas Vargas, cuando expresa que "el concepto normativo de 'funcionario público' utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición efectuada en el ámbito administrativo, que sólo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuente de creación del mismo, existiendo en cambio en el Derecho Penal una determinación normativa como tercera fuerza productora del funcionario público a efectos penales (arts. 386, 392, inc. 3° del art. 425)".⁴⁶

V. Análisis dogmático del concepto de funcionario público

Volvamos al concepto de autor dentro del injusto típico y nos vamos a encontrar con que se trata, en este caso, de un concepto normativo,

⁴⁵ RAMOS MEJÍA, Enrique. *El delito de concusión*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 54.

⁴⁶ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 2ª ed., Editora Jurídica Grisley, Lima, 2000, p. 34.

que el propio Derecho Penal ha dado por lo menos en principio. De modo que no se advierte la necesidad de recurrir a otra rama del Derecho, con los problemas doctrinarios que traen de esos ámbitos. Hay que aceptar que la calidad de "funcionario público" es un elemento normativo del tipo, entendiendo éste como aquellos elementos que "sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma"⁴⁷.

El concepto es jurídico y debe ser extraído de la estructura del ilícito⁴⁸. No es difícil dar pues una noción básica de funcionario público afirmando que se trata de aquella persona que: 1º) Está adscrita a la administración pública. 2º) Tiene una relación de profesionalidad, en el sentido de que cubre un hueco dentro de la administración, esto es, que no colabora desde afuera. 3º) Tiene una remuneración por parte de la administración pública. 4º) Tiene un régimen jurídico administrativo propio⁴⁹. Se trata de un concepto funcional, que se relaciona con la participación de la persona en la función pública, con un título habilitante para hacerlo, de acuerdo al propio artículo 77 del Código Penal⁵⁰. Sirve de apoyo a esta concepción la Convención Interamericana de la OEA contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996⁵¹. Por lo cual, funcionario público será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Ahora bien, con esto sólo hemos delimitado quién puede ser de

⁴⁷ ENGISCH, *Mezger FS*, 1954, 147, cit. por ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, p. 307.

⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Delitos contra la administración pública*, en *Curso de Derecho Penal español*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, ps. 274 y ss.

⁴⁹ En análogo sentido, ROJAS VARGAS, ob. cit., ps. 36 y ss.

⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, *Delitos contra la administración pública* cit., p. 275.

Esta parece ser la idea de Roca Agapito, cuando afirma que existe un concepto funcional de funcionario público, que le es propio al Derecho Penal, y según el cual la incorporación formal a la administración pública no es la única y exclusiva razón que legitima la imputación de delitos funcionales, sino también, y por encima de las consideraciones administrativas, la simple participación en el ejercicio de funciones públicas (ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, p. 90, cit. por ROJAS VARGAS, ob. cit., p. 36).

⁵¹ En Argentina incorporada al orden jurídico mediante ley 24.759.

manera abstracta, si se quiere, este sujeto llamado funcionario público. Pero, ¿alcanza con esto o hace falta recurrir a otros argumentos dogmáticos? Y la respuesta es afirmativa, en el sentido de que este sujeto debe sin duda, como se ha afirmado, violar deberes a su cargo. Con lo cual, y como había sostenido Gracia Martín, sólo no hemos avanzado mucho, porque es obvio que todo funcionario o sujeto colocado en cierto lugar en defensa de algún bien o derecho viola algún deber. En este sentido, en el fondo siempre hay una violación de deberes.

¿Qué es lo que define a este autor de ilícitos, qué lo hace especial? A nuestro juicio es el dominio del hecho en relación a los bienes jurídicos protegidos. La doctrina lo ha dicho de diversas formas, en el sentido de que en este tipo de delitos especiales se atiende a los hechos típicos que comete el funcionario en ocasión del ejercicio de la función pública⁵², y que de acuerdo a la llamada concepción real-funcionalista ese ejercicio debe estar relacionado con el bien jurídico protegido⁵³.

El autor de estos delitos es sólo aquel que con su acción puede afectar directamente al bien jurídico, ya que aparece como su garante directo. De modo que desde esta perspectiva vale la comparación con el delito de omisión impropia, en el sentido de que se requiere una omisión equivalente a la acción de parte del garante. Pues bien, sólo puede ser autor aquel funcionario público que puede lesionar al bien jurídico protegido actuando u omitiendo por su cercanía, en términos de Gracia Martín.

El funcionario público visto así es un individuo titular de funciones orgánicas de servicio estatal, caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad pública. El concepto de funcionario se convierte en un concepto material-real, o, si se quiere, funcional-sustantivo, en cuanto a su relación directa con los bienes jurídicos a su cargo. Con lo cual, y como es obvio, el problema se trasladada a qué se entiende por función pública. Y sobre ésta se ha discutido, y seriamente, cuál es su concepto. Dentro de las teorías objetivas, una primera posición, desde un criterio material finalista, afirma que la función pública

⁵² COBO DEL ROSAL, Manuel, *Examen crítico del artículo 119*, p. 241.

⁵³ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 275.

es aquella destinada, por parte del Estado, al bien común⁵⁴. Una segunda posición, con un criterio formal, afirma que depende la función del giro que tenga el ente público. Si el giro del ente está sometido al del Derecho Privado, el fin es privado. En cambio, si el giro está en Derecho Público, entonces será la función pública. Otra posición está dada por un criterio subjetivo: la función pública es la que está reservada por el Estado a sus órganos. Por último, existe un criterio mixto restrictivo, por el cual la función pública es aquella que tiene un fin público, está sometida al Derecho Público y es una actividad de un ente público⁵⁵. En síntesis, el concepto de funcionario público es funcional. Con esta base, mas las posibles definiciones que algunos códigos traen, como el artículo 77 del Código Penal argentino, lo que define al funcionario, que debe ser imputado como autor de este tipo de delitos, es la cercanía al bien jurídico protegido en el tipo penal, y que tenga capacidad para afectarlo. Se trata de la relación directa con el bien jurídico, debido al deber de cuidado que debe tener quien (en parte surge de la Ley de Ética Pública, en el caso argentino) por esa relación tiene la única capacidad de lesionarlo, afectarlo o por lo menos ponerlo en peligro.

⁵⁴ TS de España, 5-2-91. Criterio seguido por Muñoz Conde y Cobo del Rosal. ⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás, *Detenciones ilegales*, p. 51.

**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y
PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EL
CRITERIO DEL TRIBUNAL PLENO
(Análisis de la tesis de jurisprudencia
número XXXIX/2002)**

por RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS*

SUMARIO: I. Delimitación del tema. II. Método de análisis. III. Análisis de la tesis. 1. ¿Contiene el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional el tipo penal de enriquecimiento ilícito? 2. ¿Es correcto afirmar que el artículo 224, párrafo primero, en su parte primera del Código Penal Federal reproduce de manera esencial los elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional? 3. ¿Vulnera o no la garantía de legalidad la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal? 4. ¿Cuál es la naturaleza del contenido de la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal? IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Dice Garzón Valdéz¹ que, desde el punto de vista de una concepción

* Profesor de Derecho Penal en la Escuela Libre de Derecho y en la Universidad Iberoamericana.

¹ GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, *El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia*. Consultable en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/78036283100367462754457/isonomia18/isonomia18_02.pdf y en *Isonomia*, N° 18/Abril, p. 27.

normativa del Poder Judicial, puede afirmarse que su función principal es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político y que, en el caso del juez en regímenes democráticos, ello requiere que cultive, por una parte, una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema, es decir, que sea partidario incondicional de las mismas y, por otra, que mantenga manifestada imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver.

La afirmación del ilustre profesor de Maguncia no puede ser más cierta, si consideramos que las decisiones judiciales deben ser expresión de compromiso de lealtad a la Constitución, pues no en vano los principios constitucionales encuentran su mejor garante, en cuanto a su vigencia, en la actuación confiable del Poder Judicial.

El máximo tribunal de los mexicanos, coloquialmente llamado como la "nueva Corte", a lo largo de su funcionamiento ha venido marcando un nuevo hito en las resoluciones judiciales, afrontando decididamente el conocimiento y solución de casos que en otras épocas no habría sido posible o al menos no con la decisión y libertad de compromiso con la que ahora parecen ser abordados. A mi entender, son las más de las veces que el máximo tribunal ha emitido sus resoluciones bajo el compromiso asumido de adherirse celosamente en ellas a la Carta Magna (lo que curiosamente, *no obstante ser un deber*, hay quienes han visto en ello un acto de valentía); en otras, las resoluciones emitidas no se han tenido como acertadas². Sea como fuere, lo cierto es que el Poder Judicial, y más aún tratándose de un tribunal de constitucionalidad, no puede permitirse en su función y en sus pronunciamientos —*en ninguno de ellos*— desviarse en lo más mínimo

² Tal vez porque el sentido de la resolución no favorece a ciertos intereses o quizá porque en ocasiones el máximo tribunal no ha resuelto con la pureza, la técnica y la profundidad jurídica que del mismo se espera emitiendo sentencias plagadas de transcripciones de constancias de autos pero pobres en argumentación, *cundo debería ser lo contrario*. Un sintoma claro de ello se aprecia en las resoluciones emitidas, además, por Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito en las que es frecuente encontrar repetición de constancias de autos en merma del argumento jurídico, como la falta de atención de todos y cada uno de los argumentos puestos a su consideración por las partes que contienen a pesar de ser de obligado estudio.

de la Constitución Política que, al fin y al cabo, es la que presta respaldo justificante a la decisión judicial³.
 Creo, como Garzón Valdéz⁴, que "la batería judicial, lejos de reforzar la autonomía de los jueces, estimula su autocomplacencia acrítica". A ello se debe el análisis que a continuación presento.

I. Delimitación del tema

La reforma constitucional de 1982 tuvo como eje rector la "renovación moral de la sociedad"⁵. En este contexto, la iniciativa que le dio origen recogió la tesis de campaña de Miguel de la Madrid Hurtado, entonces candidato a la presidencia de la República por el Partido Revolucionario Institucional, que se tradujo en una serie de principios encaminados esencialmente a combatir el fenómeno de la corrupción en la prestación del servicio público, propiciando con ello las bases normativas según las cuales, en los distintos ámbitos de responsabi-

³ GARZÓN VALDÉZ, *El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia* cit., p. 30, hace énfasis al señalar que la confiabilidad en la corrección de las decisiones depende de la confianza por parte de la ciudadanía (electores y gobernantes) y de que los jueces presten su adhesión incondicionada a la Constitución democrática, que es la que proporciona el "respaldo justificante" de la decisión judicial (*cita textual*).

⁴ Ob. cit., p. 32. Refiere el tratadista español que, en algunos casos, el respeto a los magistrados de tribunales constitucionales o supremos suele hasta conferirles una aureola de infalibilidad que va más allá de la confiabilidad judicial y que induce a no pocos juristas a dedicar sus esfuerzos a una especie de exégesis religiosa de los fallos de esos tribunales (*cursivas añadidas*). Considero que someter las resoluciones judiciales a una continua crítica, siempre en ánimo constructivo, debe ser el camino para obligar a nuestros tribunales a emitir mejores pronunciamientos.

⁵ Vid. la iniciativa del Ejecutivo federal de reforma y adiciones al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada al H. Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores que comprende los arts. 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114; así como los arts. 22, 73, fracción VI, base 4^a, 74, fracción V; 76, fracción VII; 94, 97, 127 y 134, en CÁRDENAS RÍOSEC, Raúl F., *Enriquecimiento ilícito. Inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal. Problemática que plantea la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en la aplicación de este ilícito*, Portia, México, 2001, ps. 77 a 92.

lidad, se dejaba a cargo del legislador ordinario federal como de los estatales prever su desarrollo⁶.

Respecto del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, la iniciativa propuso configurarlo constitucionalmente "como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo"⁷; con ello, el Constituyente Permanente quiso dejar claro que se reconocía la necesidad de sancionar el enriquecimiento ilícito en el servicio público, sin que tal reconocimiento implicare que el poder reformador de la Carta Magna hubiese creado con la reforma un *tipo penal a nivel constitucional*⁸.

Los principios de renovación moral de la sociedad y de combate a la inmoralidad de los servidores públicos inspiradores de la reforma aludida se recogieron en el texto constitucional, proponiéndose así las bases normativas para el combate eficaz a la corrupción en contra de los actos de servidores públicos que valiéndose del empleo, cargo o comisión que desempeñaren o hubiesen desempeñado, ilícitamente se enriquecieren, quedando en manos del legislador ordinario la determi-

⁶ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, 1ª ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1999, ps. 45 a 48.

⁷ CÁRDENAS RÍOSEC, ob. cit., p. 82.

⁸ Vid. ARTEAGA NAVA, Elizur, *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, Harla-México, Colección Juristas Latinoamericanos, México, 1998, p. 7, al referirse al alcance de la facultad reformadora prevista en el artículo 135 constitucional señala que ella *no reconoce límites*; puede estar referida a toda clase de *preceptos*, contengan o no decisiones políticas fundamentales (*curativas añadidas*). Del mismo autor, *Tratado de Derecho Constitucional*, Oxford University Press México, México, 1999, vol. 3, p. 871, quien refiere que: De todo lo anterior es más válido concluir que el constituyente mexicano se inclinó por el punto de vista de que la combinación de órganos establecida en la constitución como competente para hacer modificaciones a la misma, *lo puede hacer sin limitación alguna* que por el punto de vista de que existen determinados principios, los cuales no pueden ser tocados; citando como nota a pie 27 en la misma página el criterio de la Suprema Corte de Justicia en tesis de 28-8-18, que ha sostenido: "...El poder constituyente puede hacerlo todo...", en el juicio de amparo mixto en revisión, Ignacio Hernández, r. III, p. 586 (*curativas añadidas*). Para nosotros, la posibilidad dentro de nuestro sistema constitucional de que el Constituyente Permanente reforme la Carta Magna, incluso para prever en la misma un tipo penal, existe; sin embargo, ello *no nos parece deseable*, pues consideramos que la misma está más allá de ser pasada como un ordenamiento penal.

nación de los casos y circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito⁹.

En el año 1996 el Ministerio Público Federal ejerció acción penal en contra del señor Raúl Salinas de Gortari y otros como probables responsables de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224 del Código Penal Federal. En su momento, tras haber sido aquel objeto de captura como del dictado de un Auto de Formal Prisión por el delito mencionado, motivó que en su defensa, primeramente, se recurriera en vía de apelación; mas, sin embargo, como la resolución impugnada fue confirmada, en su contra se promovió juicio de amparo indirecto que también fue negado. Así, mediante el recurso de revisión interpuesto respecto de esa sentencia que negó conceder al amparo solicitado los autos se turnaron por razón de competencia al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en definitiva dictó sentencia en el juicio constitucional confirmando la resolución materia del recurso hecho valer¹⁰.

El Tribunal Pleno, al resolver el recurso de revisión mencionado dentro del expediente 1293/2002, dictó sentencia negando conceder al quejoso el amparo y la protección de la justicia federal que solicitara, motivando el caso en cuestión en que dicho Tribunal emitiera siete

⁹ El art. 109 constitucional en su parte conducente dice: El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones: III. [...] las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia ilícita no pudiesen justificar (cursivas añadidas).

¹⁰ Los datos aparecen en el Capítulo de Antecedentes del escrito que contiene el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito dentro del juicio de amparo 40/99-I promovido por Raúl F. Cárdenas Riosseco autorizado por el quejoso Raúl Salinas de Gortari.

diferentes tesis¹¹, de entre las cuales solamente es objeto de este estudio la que a continuación se transcribe¹²:

Enriquecimiento ilícito. El artículo 224 del Código Penal Federal, al establecer la conducta delictiva, no viola el principio de legalidad contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal. Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 224 del Código Penal Federal, se advierte que ambos resultan coincidentes, y que el último precepto en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el Poder Reformador de la Constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública. La preocupación del Constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento

¹¹ *Enriquecimiento ilícito.* La declaratoria a que se refiere el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, no constituye requisito de procedibilidad para iniciar la averiguación previa y ejercer la acción penal por ese delito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Instancia: Pleno, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XXXIV/2002; *Presunción de inocencia.* El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución Federal. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Instancia: Pleno, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XXXV/2002; *Enriquecimiento ilícito.* El artículo 109 constitucional que lo prevé no contiene un régimen de excepción a las garantías individuales para los servidores públicos. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Instancia: Pleno, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XXXVI/2002; *Enriquecimiento ilícito.* La prueba circunstancial de ilicitud del incremento patrimonial que reconoce el artículo 224 del Código Penal Federal no es atentatoria del principio de presunción de inocencia. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Instancia: Pleno, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XXXVII/2002; *Enriquecimiento ilícito.* El artículo 224 del Código Penal Federal no viola el principio de no autoincriminación previsto en el art. 20, ap. a, fracción II, constitucional. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Instancia: Pleno, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XXXVIII/2002; *Enriquecimiento ilícito.* El artículo 224 del Código Penal Federal comprende el elemento consistente en el incremento sustancial del patrimonio a que alude el artículo 109 constitucional. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Instancia: Pleno, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XI/2002.

¹² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XXXIX/2002, p. 9, 9ª Época, Instancia: Pleno, Materia: Constitucional, Penal.

ilícito, el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal. El numeral ordinario de referencia colma la función jurídica de su tipo penal, a saber, la individualización de la conducta humana que prohíbe el enriquecimiento de manera ilícita, que se encuentra comprendido en la primera parte de su redacción. "Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito". La redacción de este precepto revela que el tipo penal que prevé no es abierto, sino cerrado, porque su texto establece de manera exacta los supuestos de individualización de la conducta reprochable, a saber, el enriquecimiento ilícito. Así, la pura descripción objetiva del tipo en cuestión encuentra su núcleo en el empleo del verbo principal: "enriquecerse", agregándole la palabra "ilegalmente", como un elemento normativo que entraña una valoración, con lo cual se significa el sentido antijurídico del delito, que consiste en la acción de enriquecerse ilícitamente. En cambio, la segunda parte del propio precepto, relativa a que "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiera 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", se refiere a las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba para esta clase de delito, con la finalidad de desvanecer la imputación correspondiente; es decir, la remisión que el precepto impugnado realiza a la referida ley, para que el servidor público acredite el legítimo aumento de su patrimonio, no constituye un complemento del tipo penal, sino debe entenderse como su derecho de defensa, que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria como medio concreto de adoptar su defensa y desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra. Por lo tanto, la redacción del artículo 224 citado no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 constitucional, al prever de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar, que para el caso la constituye el enriquecimiento ilícito, conductas que indudablemente es la que conforma el núcleo esencial del delito.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Unanimidad de once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mag-Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

II. Método de análisis

Los comentarios que se vierten guardan relación con diversas afirmaciones esenciales que el Tribunal Pleno realiza en la tesis trascrita, no obstante que en el fondo el tema central se pronuncia con respecto a si el artículo 224 del Código Penal Federal contiene o no la referencia a la conducta que se estima prohibida. Dicho precepto establece en su párrafo primero lo siguiente:

Artículo 224. Se sancionará 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.

Ahora, tal y como del rubro de la tesis enunciada se puede apreciar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en una respuesta afirmativa tras estimar que el legislador sí ha previsto dicha conducta en la primera parte del párrafo primero del referido artículo, siendo ésta, a su entender, el enriquecimiento ilícito; de ahí que sostenga que el artículo 224 del Código Penal Federal no viola la garantía de legalidad y por ello afirma su constitucionalidad.

De esta manera, las afirmaciones del Tribunal Pleno que obran en la referida tesis, y que a continuación se expresan, serán objeto de análisis según el orden que se propone, siendo éstas las siguientes:

a) El artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito.

b) El artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el Poder Reformador de la Constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública, por lo que el artículo 224 del Código Penal Federal reiteró en forma similar todos los elementos integrantes del tipo penal de enriquecimiento ilícito

previsto en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c) El artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo no infringe la garantía de legalidad del artículo 14 constitucional al prever en la parte primera de su primer párrafo de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar en dicho delito, siendo ésta el enriquecimiento ilícito. No es un tipo abierto sino cerrado, porque su texto establece de manera exacta los supuestos de individuación de la conducta reprochable.

d) La segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal no constituye un complemento del tipo, sino se trata de reglas procesales relacionadas específicamente con los medios de prueba para esta clase de delitos, que debe de entenderse como el derecho a la defensa consagrado a la manera de medio concreto de adoptar en este delito su defensa para desvirtuar los elementos de prueba existentes en contra.

III. Análisis de la tesis

En el orden previamente propuesto, a continuación se analizan las diversas afirmaciones que el Tribunal Pleno vierte en la tesis objeto de estudio, que conllevan las siguientes interrogantes: 1) ¿es correcto afirmar que el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional contiene el tipo penal de enriquecimiento ilícito?; 2) ¿es correcto afirmar que el artículo 224, párrafo primero, en su parte primera del Código Penal Federal reproduce de manera esencial los elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional?; 3) ¿vulnera la garantía de legalidad la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal?; y 4) ¿cuál es la naturaleza del contenido de la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal?

1. ¿Contiene el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional el tipo penal de enriquecimiento ilícito?

El Tribunal Pleno sostiene que el Constituyente Permanente legisó en materia penal al prever en el artículo 109, fracción III, párrafo

tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *el tipo penal* del delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, en la tesis analizada el Tribunal Pleno dice *textualmente* lo siguiente:

La preocupación del *Constituyente* de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento ilícito el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal.

Es importante destacar que, en la construcción de la tesis de mérito, el Tribunal Pleno parte de llevar a cabo una interpretación constitucional del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna, con lo que sienta criterio respecto al alcance del precepto interpretado al establecer que el *Constituyente creó en la propia Constitución Política el tipo penal del enriquecimiento ilícito*¹³, sin que con ello se desconozca que, por ahora, su alcance no es el de una jurisprudencia, sino el de una tesis aislada cuya votación se consideró idónea para integrar la tesis jurisprudencial¹⁴.

¹³ Entendemos a la Constitución Política como norma jurídica, sin que ello implique que se desconozca la carga política y/o sociológica que le asisten y que seguramente hicieron presencia en la reforma constitucional de 1982; mas, sin embargo, más allá de este contexto, la interpretación efectuada por el Tribunal Pleno está *absolutamente imprevista* de un contenido penal, pues la noción de *tipo penal* no se corresponde sino con el Derecho Penal. Vid. VON BELING, Ernst, *La doctrina del delito tipo*, en *Esquema del Derecho Penal y la doctrina del delito tipo*, trad. del alemán por el Dr. Sebastian Soler (edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Anales de Jurisprudencia*, 6ª Época, 2ª Etapa, Colección Doctrina, México, 2003). Sobre la evolución del concepto de tipo penal por todos vid. CERREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, ps. 81 y ss. Como refiere ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 171, el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza eminentemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por presuntamente prohibidas) (*parentesis en texto original, cursivas añadidas*).

¹⁴ En términos del artículo 195 de la Ley de Amparo. Así se constata también de la lectura que se haga a la certificación efectuada en la tesis que se analiza por el licenciado José Javier Aguilar Domínguez, secretario general de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que certificó lo que textualmente cito a

Ahora, si como interpreta el Tribunal Pleno, el Poder Reformador de la Constitución al ocurrir la citada reforma constitucional legisla creando el *tipo penal* de enriquecimiento ilícito, habrá que concluir bajo dicha interpretación que el mencionado delito "se constitucionalizó", configurándose de esta manera, *valga la expresión*, un "tipo penal constitucional"¹⁵ cuyos elementos integradores vendrían a constituir el tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito, con lo cual el mismo sería un "tipo cerrado" al que por ser así "no le faltaría ni le sobraría ningún elemento"; luego, *toda la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito estaría vaciada en la fracción III, párrafo tercero, del artículo 109 de la Carta Magna*. De esta manera y bajo esta concepción, por estar frente a un "tipo penal constitucional", su materia habría quedado *reservada* al Constituyente Permanente, por lo que nadie, de no ser el Poder Reformador de la Constitución, podría modificar esos elementos típicos¹⁶.

Y si la materia es constitucional, "tipo penal constitucional" como lo asume el Tribunal Pleno y, por ello, *reservada* al Constituyente Permanente, entonces "no habría más tipo penal de enriquecimiento ilícito" que el previsto en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna; de ahí que la afirmación del Tribunal Pleno sosteniendo la creación del tipo penal enunciado hace incongruente su referencia en el sentido de que "el Código Penal Federal en forma similar reiterara con todos sus elementos integradores el tipo penal del enriquecimiento ilícito que previó el Constituyente", pues, frente a la existencia del "tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito" que aduce el citado Tribunal, el legislador penal ordinario federal estaría impedido de legislar en esta materia que, bajo esa interpretación, sería

continuación: Que el Tribunal Pleno en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que *la violación es idónea para integrar tesis jurisprudencial*. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos (cursivas añadidas).

¹⁵ *Expresión que aquí utilizo con fines meramente didácticos.*

¹⁶ Si se siguiera la interpretación del Tribunal Pleno, habría que entender que si el Constituyente Permanente reformó la Constitución creando en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, el "tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito", por tratarse de materia constitucional, ésta estaría *reservada para el Constituyente Permanente*, con lo que cobraría aplicación el artículo 135 de la Carta Magna.

“reservada” al Constituyente Permanente, el cual pasaría así a hacer las veces de legislador penal por lo que tocara al referido “tipo penal constitucional”. A su vez, con la interpretación enunciada, *ninguna razón sistemática ni de ningún otro orden* habría en conceder al legislador ordinario federal, como tampoco a las legislaturas estatales para punir dentro del ámbito de sus respectivas competencias el delito de enriquecimiento ilícito tal y como sostiene el tribunal máximo y lo hiciera el propio Constituyente Permanente en la aludida reforma constitucional¹⁷, constituyéndose ello en grave contradicción sistemática, pues aun y cuando, como refiere Arteaga¹⁸, las normas constitucionales no se encuentran en contraposición, sino que se armonizan, la interpretación del Tribunal Pleno que se analiza conduciría a “la quiebra de ese principio” al resultar claro que, si como el mismo afirma, el Poder Reformador de la Carta Magna previó el delito de enriquecimiento ilícito en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional, y más aún, *con todos sus elementos integradores*, su materia, *por cierto cerrada*, se habría “constitucionalizado”, quedando en consecuencia como *reservada* al Constituyente Permanente; luego, si esto es así, no habría por qué facultar a las legislaturas estatales ni al Congreso de la Unión a legislar sobre una *materia reservada* a aquel poder¹⁹. La quiebra del principio enunciado a que conduciría la interpretación del Tribunal Pleno es patente. Si hay, como dice, “tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna”, y que además cuenta “con todos sus elementos integradores”, resultaría *sistemáticamente equivocado* el que el propio

¹⁷ Vid. supra, nota a pie 9.

¹⁸ Vid. *Derecho Constitucional* cit., p. 10, pues señala al respecto: En teoría el texto de la Constitución es un todo armónico y congruente; todas sus partes están conformadas de tal manera que nada sobre ni falte; que unas a otras no se contradigan o neutralicen y que, más bien, se complementen y adecuen.

¹⁹ Si existiese aquí —lo que no se acepta— una materia *reservada* para el Constituyente Permanente, el texto del artículo 109 constitucional, fracción III, párrafo tercero, resultaría intangible mientras el mismo no fuese reformado por vía del artículo 135 de la propia Carta Magna; luego, entonces, no tendrían aquí aplicación los arts. 73, fracción XXI, ni 124 de la Constitución Política, pues con un tipo penal constitucional ninguna legislatura ordinaria estaría facultada a legislar sobre la misma materia.

Constituyente hubiere permitido a las legislaturas estatales y al Congreso de la Unión prever en ley ordinaria los casos y las circunstancias en que debiera sancionarse por enriquecimiento ilícito²⁰, pues resultaría evidente que si ese tipo penal se reservó al Constituyente Permanente, no sólo no podría ser trastocado por esas legislaturas ni por el Congreso Federal, sino que, a mayor abundamiento, por estar dados ya todos sus elementos integradores a ese nivel²¹, habría que concebirlo absolutamente como un "tipo cerrado" respecto del cual, se insiste, nadie, de no ser el Constituyente Permanente, podría "agregar o suprimir" alguno de dichos elementos, lo que quiere decir que el mismo no podría ser alterado sino por vía de aplicación del artículo 135 constitucional. De ser así, esos casos y circunstancias por los que se debería sancionar penalmente como enriquecimiento ilícito que en la misma reforma el propio Constituyente Permanente reservó determinar en ley a las legislaturas de los Estados como al Congreso de la Unión "no podrían referirse a los elementos típicos del delito", ya que, como se infiere de la postura que asume el Tribunal Pleno, "todos ellos se encuentran ya previstos a nivel constitucional"; siendo así, ningún legislador ordinario estaría facultado a "quitar ni a poner" elemento típico alguno de los que según el Tribunal en cita están previstos en ese precepto como los que son "todos sus elementos integradores"²²; por ello, no cabría sino aceptar que con esa interpretación, esos casos y circunstancias tendrían que ser "algo diferente" que, sin formar parte de la estructura típica en cuestión, o sea sin alterar en lo más mínimo los elementos integradores del "tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito".

²⁰ El artículo 109 constitucional, fracción III, dice: las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito.

²¹ Como se ha visto, el Tribunal Pleno sostiene que el tipo penal creado por el Constituyente Permanente en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna, contiene todos sus elementos integradores.

²² Vid. infra, la referencia textual del Tribunal Pleno en la tesis que se analiza al referir que la preocupación del Constituyente [...] lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal de enriquecimiento ilícito [...] con todos sus elementos integradores, con lo que sostiene que todos esos elementos se encuentran ya previstos a nivel constitucional en lo que yo llamo, para efectos didácticos de esta exposición, como el "tipo penal constitucional" de enriquecimiento ilícito.

cimiento ilícito", deban ser considerados para hacer factible la persecución penal por enriquecimiento ilícito y la cuestión es... ¿qué podría serlo?... Sin duda, la interpretación que brinda el Tribunal Pleno conduce a un callejón sin salida.

A su vez, si existiese un "tipo penal constitucional", según afirma el Tribunal Pleno, no cabría sino aceptar que estaríamos frente a una materia federal, pero reservada para el Poder Constituyente Permanente; luego, ninguna intervención podrían tener respecto de la misma las legislaturas de los Estados, ni el Congreso de la Unión, con lo cual la referencia del propio Constituyente a dejar en ellas y en el Congreso mismo el determinar *los casos y las circunstancias* en que debiera sancionarse por enriquecimiento ilícito quedaría excluida de su intervención, lo que vuelve a destacar que la referida interpretación llevaría a la quiebra del principio enunciado²³.

Y qué decir de la punibilidad. De aceptar la interpretación del Tribunal Pleno, en el sentido de que el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna contiene el tipo penal de enriquecimiento ilícito, claro está, como sostiene: "con todos sus elementos integradores", habría que aceptar también que estaríamos entonces frente a una *norma imperfecta* al carecer ésta de sanción²⁴, pues a este nivel ninguna punibilidad se encuentra prevista²⁵. Por otro lado, como bajo la inter-

²³ Vid. nota a pie 18. Si existiera tipo penal en la Constitución Política, el Constituyente Permanente no habría incurrido en la torpeza de señalar en el propio texto constitucional que los legisladores ordinarios deberían establecer en ley los casos y las circunstancias conforme al marco que precisó, en los cuales debía sancionarse penalmente el enriquecimiento ilícito, pues ello habría sido un grave contrasentido. Estos dos contenidos expresados en la Carta Magna, como no puede ser de otra manera, se encuentran en clara armonía y se complementan, lo cual no podría ser así comprendido de pasar por válida la interpretación que brinda el Tribunal Pleno.

²⁴ Vid. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 43ª ed., Porrúa, México, 1992, ps. 90 y ss.

²⁵ Sobre la estructura de la norma jurídico-penal vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 3, 2ª ed., reimp., Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003, ps. 44 y ss. La interpretación del Tribunal Pleno por esta vía conduce a la aceptación de la existencia de una conducta estimada como constitutiva de delito prevista en la Carta Magna, pero a la cual no se le ha asignado ninguna consecuencia; luego, acorde con la garantía de legalidad que precisa el numeral 14, tercer párrafo de la Constitución Política, el tipo penal constitucional, cuya existencia sostiene el Tribunal Pleno, sería de imposible aplicación.

pretación del Tribunal Pleno estaríamos frente a una materia "reservada" al Constituyente Permanente, y por tanto prohibida a los legisladores ordinarios, resultaría que las distintas punibilidades previstas en los códigos penales de diferentes entidades federativas que han legislado sobre el mismo, al igual que la prevista en el artículo 224 del Código Penal Federal, simplemente no tendrían aplicación. También ocurriría bajo la interpretación del Tribunal Pleno, no obstante que algún servidor público federal o estatal, sin importar el tipo de recursos que maneja y siempre que incurriese en enriquecimiento ilícito acorde con el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna (pues lo contrario generaría atipicidad, ya que de existir un tipo penal constitucional sólo éste cobraría aplicación), no podría ser sometido a la justicia penal, ya que para ello se requeriría de la instrucción de un proceso "cuyas bases normativas no se encuentran previstas"²⁶, como tampoco lo está "el órgano al cual le sería competente instruir esa causa"²⁷; con ello, de nueva cuenta, la interpretación referida llevaría en esta materia a la *más absoluta impunidad*.

²⁶ El proceso penal federal que se recoge esencialmente en el Código Federal de Procedimientos Penales está diseñado para instruir procesos por delitos del orden federal, entre los cuales no se encuentran sino los previstos en *leyes federales y en tratados internacionales, no quedando comprendidos en ellos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; por consiguiente, nuestro sistema de enjuiciamiento penal no está diseñado para instruir causa por delitos que pudiera el Constituyente Permanente haber creado en la propia Carta Magna, lo que se antoja evidente, pues resulta *sistemáticamente impensable* que el Código Político de los mexicanos sustituya al legislador ordinario para convertirse en un ordenamiento penal; por lo mismo, no se ha previsto un procedimiento de esta naturaleza para ser instruido, en el hipotético caso de cometerse un delito cuyo tipo penal se hubiese previsto a nivel constitucional, lo cual impediría su juzgamiento frente a la exigencia que se desprende del artículo 14 constitucional de contar con leyes previas para ello.

²⁷ Se trataría de juzgar penalmente a un servidor público en aplicación de un "tipo penal constitucional", para lo cual no se encuentran facultados los jueces de Distrito, quienes por disposición del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación son competentes tan sólo para conocer: I. De los delitos del orden federal, siendo éstos los previstos en *leyes y tratados internacionales pero no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. La falta de un juez ordinario previamente determinado por ley al hecho hace imposible la instrucción de un proceso por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público cuyo tipo penal, en opinión del Tribunal Pleno, se ha previsto en la Carta Magna. Como refiere BURGOS LA-

La interpretación del Tribunal Pleno *no es comparada* y esto es así por diversas razones:

a) Las disposiciones de la Constitución Política de un Estado poseen un alto grado de abstracción, que llega a su máxima amplitud respecto de las normas de principio o de carácter programático; como afirman Fix-Zamudio/Valencia Carmona²⁸, *se trata de disposiciones que en su mayor parte formalizan principios y valores* que el Constituyente ha considerado esenciales para la comunidad política. Es forma de ser y de estar constituido; en ella se recogen las garantías individuales, las decisiones políticas fundamentales, la forma de gobierno que se asume, la forma de Estado, la organización y funcionamiento de los poderes públicos, etcétera; "mas no se constituye en un ordenamiento punitivo". Ciertamente, la Constitución Política reconoce en su normatividad diversas figuras e instituciones, pero no las reglamenta, ni siquiera está para contener ni definir sus estructuras, mucho menos para servir como Código Penal²⁹.

DRÓN DE GUEVARA, Juan, *El juez ordinario predeterminado por ley*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1990, p. 12, el derecho constitucional al juez ordinario... exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 16.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*puntos suspensivos añadidos*). El caso del Poder Judicial Federal en el Estado mexicano se encuentra fundamentado en los artículos 14, párrafo segundo, 94, 95, 96, 97, 98, 100 y 101 constitucionales, así como en los diversos 105, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 118, 119, 120, 121, 150, 151, 152 y 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

²⁸ Vid. FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 164.

²⁹ Como refiere ARTEAGA NAVA, *Derecho Constitucional* cit., p. 44, un intento interpretativo de la Constitución debe partir de la premisa de que ella es un documento legal, de naturaleza suprema, que prevé la organización de un Estado bajo una forma determinada, específica y propia, con vistas a lograr una convivencia ordenada y pacífica, dispone la existencia de poderes y órganos de autoridad, con facultades,

b) Desde la presentación de la iniciativa de reformas al texto constitucional en el año 1982, así como en la discusión de la misma, nunca fue planteada, consecuentemente, tampoco discutida ni aprobada, la creación en la Carta Magna de un tipo penal, particularmente el de enriquecimiento ilícito.

La iniciativa de reforma y la discusión de toda ella se centró en establecer los principios y las bases a nivel constitucional en contra del combate a la corrupción de los servidores públicos, es decir, recogió una *declaración de principios* cuyo fundamento se encontraba en el reconocimiento que el Estado mexicano hizo de la existencia del fenómeno de la corrupción en la prestación del servicio público, pero esto no se traduce en que tales principios insertados en la reforma constitucional conformen un tipo penal; sino el marco general, como norma incompleta o programática que es el artículo 109, fracción III,

atribuciones, limitaciones y prohibiciones, y establece derechos a favor de los individuos. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *Derecho Constitucional mexicano y comparado* cit., p. 41, tras señalar que el Derecho Constitucional cubre un dominio muy vasto, refieren que éste engloba un conjunto de reglas que fundan al Estado, determinan su forma, le procuran su estructura y sus principios de organización. *Todos estos postulados básicos deben ser desvenados por la legislación ordinaria*, por eso se ha dicho que la Constitución imprime al Estado su "*arquitectura constitucional*", que tiene que ser complementada en su detalle por la legislación de los niveles inferiores (*curativas añadidas*). APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, *Modelo constitucional de Estado y realidad política*, en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, FERRA-JOLI, Luigi; APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; SENESE, Salvatore; GARCÍA HERREIRA, Miguel Ángel; ZANCHEITA, Pier Luigi; TURONE, Giuliano; AUGER-LINÁN, Clemente; TARUFFO, Michele y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 30, refiere que la Constitución no es identificable con el resto de las normas jurídicas. No sólo porque en su interior existen preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos (recuérdese la ya clásica distinción de Alejandro Nieto entre normas completas e incompletas) o normas de programación final (es decir, directrices a los poderes públicos para que lleven a cabo una determinada política en ámbitos concretos—pleno empleo, desarrollo económico, medio ambiente, salud, etcétera—, sino también porque, ante todo, es un documento político que pretende nada menos que organizar el funcionamiento del aparato estatal y de la sociedad misma (*curativas añadidas*). Cfr. HESSE, Conrado, *Constitución y Derecho Constitucional*, en BENDA, MAIHOFER, VOGUEL, HESSE y HAYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Prolegómeno y trad. de Antonio López Pina, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 5.

párrafo tercero, constitucional que ha de ser considerado por los legisladores ordinarios de la República mexicana para punir en sus respectivos ámbitos de competencia el delito de enriquecimiento ilícito.

El Constituyente Permanente, consciente de que su función en la

reforma constitucional no es la de generar en la Carta Magna tipos penales, al ocurrir la reforma de 1982 no se dio a la tarea de asumir la función penal nada deseable a tal investidura, "pues ciertamente la Constitución Política está muy por encima de ello", sino que tan sólo plasmó en la misma *un mandato* a los órganos legislativos federal y estatales para que generaran las normas conducentes a fin de sancionar en los distintos ámbitos los actos de corrupción de los servidores públicos y en ello sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito; tan así es que, acorde con los principios que inspiraron la reforma constitucional, se quiso destacar la necesidad de sancionarlo "como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo"³⁰, es decir, dejó claro que tal comportamiento debía ser castigado, entre otros, por vía penal, para lo cual quedó a cargo de los poderes legislativos federal y estatales la generación de las normas conducentes a la previsión de *en qué casos y bajo qué circunstancias* debía punirse el enriquecimiento ilícito; es por esta razón que cada legislatura estatal, como el Congreso de la Unión, observando el mandato en cita, debían proceder a dar nacimiento en su legislación al tipo penal correspondiente³¹, como una interpretación clara del principio de legalidad, pues cierto es que en relación con el derecho a la legalidad penal, ésta comprende como uno de sus aspectos la garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de la conducta o conductas a través de su precisa tipificación dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora³².

³⁰ Vid. supra.

³¹ Vid. infra.

³² Sobre el mismo vid. VELAZQUEZ V., Fernando, *Los principios y garantías penales en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal mexicano de 2002*, en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y CARDENAS, Rodolfo Félix (coords.), *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, Ius Penale, México, 2003, ps. 107 a 118.

c) El propio Constituyente en la *reforma* anotada, congruente con el pacto federal, precisó en el artículo 109, primer párrafo, que:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, *expedirán las leyes de responsabilidad de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones.*

De esta manera, fue claro en señalar que quedaba en manos del Poder Legislativo Federal como de las legislaturas de los Estados expedir las leyes en materia de responsabilidad de servidores públicos, pero además las *normas conducentes* a sancionar a quien siendo servidor público incurra en responsabilidad, de acuerdo con las prevenciones que el mismo precepto señala y, en ellas, respecto del aspecto penal la fracción III, en su tercer párrafo, dice:

III. [...] *las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito...*

Se tiene entonces que la facultad para legislar en *materia penal* tratándose de enriquecimiento ilícito, que por disposición constitucional la tienen asignada el Congreso de la Unión y las legislaturas estatales³³, *se quiso mantener para esos órganos legislativos*, a quienes, además, el Poder Reformador de la Constitución en la mencionada reforma y en el propio artículo 109 constitucional les dirigió un mandato, precisamente el de punir el enriquecimiento ilícito, y para ello les señaló como marco legal a observar el siguiente: *punir los casos y las circunstancias en que el "aumento sustancial del patrimonio" debe ser considerado como enriquecimiento ilícito; punir los casos y las circunstancias en que "la adquisición de bienes" debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; punir los casos y las circunstancias en que "la conducción como dueño respecto de los bienes" debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; y, en todo caso, "el no poder acreditar su procedencia lícita"; de esta manera no les dejó opción en elegir si en su ámbito competencial debían o no punir el enriqueci-*

³³ Dadas las previsiones de los artículos 73, fracción XXI, y 124 de la Carta Magna.

miento ilícito, sino muy por el contrario, los conminó a hacerlo³⁴, pues a tal efecto la iniciativa propuso configurarlo constitucionalmente, según he referido, como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo³⁵; así, todos los legisladores del país quedaron obligados, siguiendo la directriz marcada por el Constituyente Permanente, a generar los correspondientes tipos penales para sancionar por esta vía el denominado delito de enriquecimiento ilícito. De esta manera, el Constituyente Permanente acotó entonces desde el artículo 109, fracción III, tercer párrafo, de la Carta Magna lo que debía ser observado por los legisladores ordinarios para generar en el ámbito de sus respectivas competencias los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito³⁶.

Queda claro que no se está en presencia de una materia reservada para el Constituyente Permanente, pues, *a contrario sensu* de como lo sostiene el Tribunal Pleno, *ningún "tipo penal constitucional" fue creado en la reforma en comento*, sino que congruente con el pacto federal y esta facultad quedó en manos de los legisladores ordinarios federal y estatales y ello se ve reflejado desde la iniciativa de reformas a la Constitución Política que presentó el Ejecutivo federal que en su parte conducente respecto de la reforma propuesta al artículo 109 señaló³⁷:

En consecuencia con el más estricto respeto a la soberanía de los Estados que integran nuestro Pacto Federal, pero reflejando, de acuerdo con los principios de nuestra democracia, las demandas de nuestro pueblo, la iniciativa propone que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, establezcan las responsabilidades exigibles política, penal y administrativamente por el incumplimiento de las obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y cada vez que los servidores públicos deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

³⁴ Vid. *infra*. Los legisladores de los Estados de Aguascalientes, Baja California, Hidalgo, Nuevo León y Tlaxcala no han legislado al respecto y quienes sí lo han hecho no han observado el mandato constitucional.

³⁵ Vid. *supra*, y nota a pie 7.

³⁶ Vid. *supra*, nota a pie 9.

³⁷ Vid. iniciativa de reformas en CÁRDENAS RÍOSEC, *Enriquecimiento ilícito...*

cit., p. 81.

Resulta por demás evidente que el Constituyente Reformador jamás

tuvo en mente reformar la Constitución para prever en ella un tipo penal, sino más bien para dar las bases de lo que vendría a ser una futura reforma en diversos ámbitos, entre ellos el penal, a fin de combatir el fenómeno de la corrupción de los servidores públicos. El artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna lo que hizo fue plasmar mediante una norma incompleta, programática (que no es un tipo penal) los principios que inspiraron parte de la campaña política de Miguel de la Madrid Hurtado relativos al combate a la corrupción pública, y de esta manera estableció en ella tan sólo el marco normativo que serviría de base a los legisladores ordinarios para establecer en sus Códigos Penales los casos y circunstancias en que debía sancionarse penalmente al servidor público por enriquecimiento ilícito, para lo cual les señaló, eso sí, desde el texto constitucional la directriz a seguir al "precisar a este nivel el marco legal para punir el enriquecimiento ilícito", siendo dicha exigencia constitucional la de precisar en la ley ordinaria los casos y las circunstancias en los que el "aumento sustancial del patrimonio" debe ser considerado como enriquecimiento ilícito; los casos y las circunstancias en que "la adquisición de bienes" debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; y, en todo caso, "el no poder acreditar su procedencia lícita". Se trata, como se ve, de una exigencia de generar los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito considerando ambos aspectos, es decir, tanto el incremento sustancial del patrimonio, la adquisición de bienes o la conducción respecto de ellos como dueño, como además la no justificación de su procedencia lícita.

Por otro lado, esos casos y circunstancias que para la formulación de los tipos penales el Constituyente Permanente encomendó a los legisladores ordinarios no son sino la previsión en ley de los supuestos fácticos y la realización de los mismos que sean comprensivos del aumento sustancial del patrimonio, o bien de la adquisición de bienes, o de la conducción respecto de los mismos como dueños que deban ser considerados como punibles a título de enriquecimiento ilícito; pues resulta claro que no siempre el origen del aumento sustancial del

patrimonio, o de la adquisición de bienes o de la conducción en cuanto a ellos como dueño, puede ser así estimado, ya que en ocasiones el mismo podrá ser lícito (como, por ej., si deviene de una herencia o de un premio obtenido en una lotería), o bien podrá ser ilícito pero no penal (como derivado de un pago de lo indebido en una relación meramente contractual en la esfera privada del servidor público), o bien punible por hecho delictivo diverso (como que el servidor público vea incrementado su patrimonio porque en su esfera privada ha omitido el pago de una contribución al fisco federal, o bien porque se encuentra bajo el supuesto de alguno de los delitos que se contemplan en el Título Décimo del Código Penal Federal). De esta manera, el comportamiento prohibido ha de encontrarse en la previsión legal de esos *casos y circunstancias* considerados como punibles respecto del aumento sustancial del patrimonio, de la adquisición de bienes o de la conducción respecto de éstos como dueño, la cual quedó en manos de los legisladores ordinarios; pues sin ello, ningún tipo penal de enriquecimiento ilícito podría ser construido acorde con el mandato constitucional, ya que resulta evidente que ni el aumento sustancial del patrimonio, ni la adquisición de bienes, ni la conducción respecto de éstos como dueño constituyen en sí mismos enriquecimiento ilícito.

Así, los legisladores ordinarios estatales y federales debían crear en sus respectivos Códigos Penales el tipo penal de enriquecimiento ilícito acorde con el marco que brinda el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional, por lo que sólo podían sancionar como tal *los casos y las circunstancias* sobre la base acotada por el Constituyente Permanente; de ahí que, al generar sus tipos penales, se obligaban a observar este marco, no pudiendo entonces sancionar como enriquecimiento ilícito cuestión distinta. De esta manera, el determinar cuándo se podía estar bajo el supuesto de "aumento sustancial del patrimonio", o sea, en qué *casos y en qué circunstancias* éste habría de ser punible como enriquecimiento ilícito, o bien en cuáles sería punible como enriquecimiento ilícito la adquisición de bienes, o cuándo podría serlo el conducirse respecto de los mismos como dueño, quedó en manos de los legisladores ordinarios, los que así tenían que generar el correspondiente tipo penal de enriquecimiento ilícito, exigencia a la que se suma "la no justificación de la lícita procedencia del aumento

sustancial del patrimonio o de los bienes"; sólo de esta forma podría darse cumplimiento al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna referido.

d) Porque, si el Constituyente Permanente hubiera tenido la intención de incorporar al texto constitucional un tipo penal, no sólo ello habría sido materia de la iniciativa de la reforma constitucional enunciativa, parte de su discusión y aprobación, sino que no habría plasmado en el artículo 109 constitucional la referencia a que "el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados expedirán en sus respectivas competencias las leyes de responsabilidades de servidores públicos y que las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito", pues ello habría *violado el pacto federal* al permitir que diferentes normas sancionaran penalmente el enriquecimiento ilícito, no obstante que el tipo penal se habría previsto ya a nivel constitucional, propiciando lo que *sistemáticamente* vendría a ser una contradicción, pues al primar siempre la aplicación del precepto constitucional, ningún sentido tendría la generación de normas ordinarias (federal o estatales) que contuvieran el mismo supuesto normativo (el tipo penal de enriquecimiento ilícito), ya que en tal caso simplemente éstas no tendrían aplicación.

e) Porque, de haber querido el Constituyente Permanente prever un tipo penal en la Carta Magna, en esta misma habría previsto *los casos y las circunstancias* bajo los cuales el enriquecimiento ilícito sería punible, precisando a este nivel la conducta o conductas que estimara constitutivas del mismo, así como los supuestos de su realización para tenerlas como punibles.

f) Porque si en verdad se hubiere creado un tipo penal en la Constitución Política de los mexicanos, su materia habría quedado reservada al Constituyente Permanente; en este contexto, cómo entender que en una reforma de tal trascendencia al Poder Reformador de la Constitución se le hubiere olvidado prever la punibilidad para ese delito y, más aún, que se hubiere atrevido a reformar la Constitución Política para crear en ella un tipo penal que sabría no tendría aplicación al resultar legalmente imposible la instrucción de un proceso penal por

tal delito ante la carencia de la normativa procesal que contemplare el supuesto y la falta de un juez predeterminado por ley para ello³⁸. No existe, por tanto, un tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los mexicanos. A mi entender, la tesis que se comenta no encuentra ningún respaldo que la justifique, en tanto que la misma se aparta del texto constitucional; en este sentido, la decisión del Tribunal Pleno que arribó a la misma no puede ser tenida por confiable³⁹.

2. *¿Es correcto afirmar que el artículo 224, párrafo primero, en su parte primera del Código Penal Federal reproduce de manera esencial los elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional?*

El Tribunal Pleno sostiene que el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal en realidad *reproduce* o *traslado de manera esencial* los elementos que el Constituyente Permanente estimó necesarios para "proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública"⁴⁰, por lo que sostiene que aquel precepto reiteró en forma similar el tipo penal creado por el Constituyente Permanente en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna. A este respecto, en la parte conducente de la tesis que se analiza, el Tribunal Pleno dice lo siguiente:

Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

³⁸ Vid. supra, y notas a pie 24, 25 y 26.

³⁹ Vid. supra, nota a pie 3.

⁴⁰ Esto corrobora, como he afirmado, que en el artículo 109 constitucional, fracción III, párrafo tercero, no existe un "tipo penal" sino que esa norma recogió los principios, respecto del combate contra la corrupción pública, que fueron uno de los pilares de la campaña política del ex mandatario Miguel de la Madrid Hurtado; no cabe duda, se está frente a una norma programática, incompleta, marco o base a seguir para la generación de los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito a cargo de los legisladores ordinarios del país, y no frente a un tipo penal constitucional.

y 224 del Código Penal Federal, se advierte que ambos resultan *coincidentes*, y que el último precepto en realidad *reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos* que el Poder Reformador de la Constitución estimó *necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública*. La preocupación del Constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento ilícito, el cual, *con todos sus elementos integradores, en forma similar* fue reiterado en el Código Penal Federal.

No cabe duda. Esos elementos necesarios que sostiene el Tribunal Pleno que el Constituyente Permanente consideró y que dice fueron reproducidos o trasladados de manera esencial en el artículo 224 en la parte aludida del Código Penal Federal no son sino expresión de la *norma programática e incompleta* prevista en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna.

Ahora, si fuera válida, lo que no se acepta, la interpretación del Tribunal Pleno que sostiene la existencia de un "tipo penal constitucional", el Congreso de la Unión no habría podido legislar para crear un tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 224, párrafo primero, en su parte primera del Código Penal Federal pues, como se ha referido, ello sería "materia reservada" al Constituyente Permanente; entonces, el Tribunal Pleno cae en contradicción en la tesis que se analiza.

Además, en el supuesto no concedido de que existiera un tipo penal en la Constitución Política, que por si fuera poco contendría en su descripción *todos sus elementos integradores*⁴¹, estaríamos necesitaría-

⁴¹ La Constitución Política no recoge en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, ningún elemento de un tipo penal, pues para ello no sólo habría sido necesario que el Constituyente Permanente al reformar el texto de la Carta Magna se hubiera abocado a generar tal tipo en la propia Constitución Política, "lo que nunca hizo"; luego, es inexacto sostener que ahí se enuncien elementos típicos; por otro lado, el que en ese texto se mencionen que se habrá de sancionar al servidor público durante su empleo, cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito no deja de ser sino un simple enunciado que recoge la declaración de principios de la campaña del licenciado Miguel de la Madrid Hurtado en cuanto a la necesidad de sancionar

mente, según se ha visto, frente a un "tipo cerrado", pues dichos elementos integradores, *además de ser todos*, ya habrían sido dados por el Poder Reformador de la Constitución en su artículo 109, fracción III, párrafo tercero; luego, el legislador ordinario penal federal no podría sino legislar para prever *los casos y las circunstancias que, bajo esa interpretación, no podrían traslucir ningún elemento típico*⁴² de aquél; siendo esto así, si como ahora interpreta el Tribunal Pleno, el Congreso de la Unión trasladó o reprodujo lo esencial del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política reiterando en *forma similar* su contenido típico; entonces, aceptando *sin conceder* que existiera el aludido tipo penal constitucional, de la interpretación motivo de análisis habría que concluir que el mencionado traslado —además de prohibido— no lo habría hecho el legislador ordinario federal en *forma idéntica*, puesto que *ni lo esencial ni lo similar implican lo idéntico*; entonces, con una norma así generada por el Congreso de la Unión se habría violentado el artículo 135 de la Carta Magna, pues los elementos integradores del "tipo penal constitucional" cuya existencia sostiene el Tribunal Pleno *no podrían ser alterados a no ser que lo fuera por vía del propio artículo 135 de la Carta Magna*, y como el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal no sería copia fiel ni exacta del referido precepto constitucional sino algo *meramente similar*, ello se traduciría en una *alteración de los contenidos típicos del artículo 109* mencionado, pues al tratarse de *lo similar mas no de lo idéntico*, algo "faltaría o sobraría" en ese precepto. Como se ve, de nueva cuenta la interpretación que se ofrece en la tesis que se analiza carece de sustento, *lo cual obedece sin duda al hecho equivocado de pensar que en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, del Código Político de los mexicanos existe previsto un tipo penal*.

Pues bien, como se sostiene, partiendo de la base de que no existe

penalmente el enriquecimiento ilícito, quedando, como lo es, a nivel de norma gramática e incompleta "no de tipo penal"; de ahí que sea desahogado sostener que se ve, simplemente no existe.

⁴² Vid. supra, como ya se ha referido, a esto lleva la interpretación del Tribunal Pleno, cuyo final no es sino un callejón sin salida.

ningún "tipo penal constitucional" de enriquecimiento ilícito⁴³, afirma ahora el Tribunal Pleno que el legislador ordinario penal federal habría *reproducido o trasladado los elementos integradores del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna en el diverso 224, parte primera, de su primer párrafo del Código Penal Federal*. De pasar por válida esta interpretación habría que concluir, sin duda, que el referido numeral ordinario *no contempla ningún tipo penal*, ya que, si como se ha visto, el Constituyente Permanente no creó en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna un tipo penal, muy por el contrario, dicha norma lo que hizo fue recoger *los principios* que inspiraron la reforma constitucional de 1982 respecto de la renovación moral y el combate a la corrupción, dando lugar a una normaprogramática, incompleta, marco o base; ocurre entonces que su *reproducción o traslado esencial* en el artículo 224, primer párrafo, en su parte primera, referido se traduciría inequívocamente en una *inserción de dicha norma en ese precepto*, mas no en el traslado al mismo de supuestos elementos integradores de una *figura delictiva inexistente* (tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito), de lo que resulta que el contenido del mencionado artículo 224 de la Ley Adjética Penal Federal aludido "no vendría a constituirse en una norma cuya función hubiese sido la de crear un mandato o una prohibición dirigidos a sancionar penalmente su inobservancia", es decir "un tipo penal", sino, por el contrario, se estaría frente a una norma que a *segundo nivel* estaría volviendo a reiterar el reconocimiento del Estado mexicano acerca del fenómeno de la corrupción en el servicio público y la necesidad de sancionarlo por vía penal, y esto *no viene a constituir un tipo penal*⁴⁴. El artículo 224 referido no es sino la reproducción esencial –aun y

⁴³ Recuérdese, no obstante, que aseverar la existencia de un tipo penal constitucional fue el punto de partida del Tribunal Pleno en la generación de la tesis que se comenta; ello no es ahora conteste con su nueva aseveración, pues si existe un "tipo penal constitucional", ninguna razón tendría en hacer referencia a un "diverso tipo penal correspondiente a la misma figura delictiva" pero previsto en la ley ordinaria.

⁴⁴ El único acierto que concedemos en su interpretación al Tribunal Pleno es en señalar lo que si existió en verdad, esto es, que el legislador ordinario penal federal trasladó el contenido esencial de la fracción III, párrafo tercero, del artículo 109 de la Carta Magna, que no constituye un tipo penal, sino una declaración de principios

cuando sea parcial— de la norma programática, incompleta, marco o base contenida en la fracción III, párrafo tercero, del artículo 109 constitucional; pues tal y como acepta el Tribunal Pleno, el artículo 224 del Código Penal Federal en su parte que se comenta es coincidente esencialmente en sus elementos a los que se contienen en la fracción III, párrafo tercero, del artículo 109 aludido, pues aquel, en realidad, *reprodujo o trasladó de manera esencial a su texto esos elementos*⁴⁵. La interpretación del Tribunal Pleno en análisis *tampoco es compartida*, y no lo es por lo siguiente:

a) Ciertamente, como refiere Cerezo⁴⁶, los tipos penales se forman a partir de abstracciones de la vida real; así, la generación de un tipo penal exige del recogimiento que haga el Derecho de un “ente” para convertirlo en objeto de interés jurídico, a lo que se denomina como “bien jurídico” que, tras ser valorado por el legislador y encontrar que requiere de una mayor tutela como lo es por vía de la sanción penal, se eleva a la categoría de bien jurídico penalmente tutelado y esa valoración se ha de comprender en una norma jurídica en la que se establezca la materia de prohibición⁴⁷; consecuentemente, a decir de Zaffaroni⁴⁸, hay una prelación lógica: valoración jurídica (bien jurídico), norma prohibitiva (conducta prohibida, desvaloración jurídica); dicho de otra manera, “los tipos penales no surgen de la nada como tampoco se constituyen o traducen en una declaración de principios, ni en la transcripción del contenido de una norma incompleta o programática”.

plasmados en una norma incompleta y programática llevados a ese nivel derivados del ofrecimiento que en campaña hacia la presidencia de la República hiciera el licenciado Miguel de la Madrid Hurtado para combatir la corrupción en el servicio público.
⁴⁵ Esto es tan evidente que incluso el Tribunal Pleno en la tesis que se comenta no tiene más remedio que así reconocerlo.

⁴⁶ Ob. cit., ps. 110 y ss.

⁴⁷ Vid. ZAFFARONI, ob. cit., p. 215, quien refiere que, de este modo, el interés

jurídico tiene un signo positivo cuando hace de un ente un *objeto de valor jurídico* (bien jurídico), manifestándose esta valoración en normas que prohíben conductas que le afecten, con lo cual estas conductas devienen objetos de interés jurídico con signo negativo, o sea, *objetos de desvalor jurídico* (conductas prohibidas) (*cursivas y parentesis en texto original*).
⁴⁸ ZAFFARONI, ob. cit.

Asiste razón a Cobo del Rosal/Vives Antón⁴⁹ al precisar que los tipos penales que ante todo son *tipos de injusto* son el concepto básico del sistema del delito al determinar, bien en forma positiva, bien negativa, todo cuanto interesa al Derecho Penal. Por ello, "la generación de los tipos tiene un sustento y un fundamento distinto que recuperar y/o reproducir una serie de principios que fueron captados por otra norma por naturaleza programática e incompleta, marco o base", como una norma constitucional cuya característica precisamente es la de estar construida mediante *preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos o normas de programación final*, pues para la generación de aquellos se consideraran diversos elementos inspirados precisamente en cierta política criminal que vendrán a establecer las características externas o internas de la conducta punible. La generación de un tipo penal exige un proceso de abstracción, desde la selección del "ente" mismo que habrá de recibir tutela penal hasta el nacimiento de la norma generada para ello que subyace al tipo, pero que se conoce a través de éste. En ese proceso existe una *ineludible valoración* orientada por una determinada política criminal; de esta manera *no es aceptable concluir que un tipo penal sea la representación de una serie de principios, ideas, manifestaciones, postulados, etcétera, recogidos en otro apartado del sistema*, sino la descripción de una conducta como acreedora de pena, a lo que se llega, como se ha dicho, después de un proceso de abstracción, "no de la reproducción o traslado de los elementos contenidos en una norma que por naturaleza es puramente valorativa, incompleta o de programación final"⁵⁰, como lo es el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna.

Si, como sostiene el Tribunal Pleno, el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal se configura por una *reproducción o traslado esencial* que al mismo se hizo de los principios que recogió el Constituyente Permanente en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna y que fueron los que inspiraron la comentada renovación moral de la sociedad, entonces

⁴⁹ Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 312.

⁵⁰ Vid. supra, nota a pie 29, con referencia a Aparicio Pérez.

aqueel precepto "no es un tipo penal", sino "la repetición de una norma incompleta, programática, marco o base" que recoge esos "principios" inspiradores del combate a la corrupción de los servidores públicos. No obstante, bajo la interpretación que brinda el Tribunal Pleno, el artículo 224 en su parte mencionada del Código Penal Federal habría sido generado en ese contexto como una copia "prácticamente fiel" pero también incompleta⁵¹ del mencionado precepto constitucional, no cumpliendo con ello la función que sistemáticamente se tiene asignada a un tipo penal. Precisamente por ser una copia —como aquí si acierta en señalar el referido Tribunal—, es repetición esencial a segundo nivel de la norma programática, incompleta, marco o base recogida en el aludido numeral garante; luego, el artículo 224 mencionado en su parte primera de su primer párrafo no contiene un tipo penal.

b) No existe un "tipo penal constitucional de enriquecimiento ilícito"; siendo así, si el legislador ordinario federal legisla dando lugar al artículo 224 del Código Penal Federal, en su actividad "no reprodujo ni trasladó elemento típico alguno" que estuviere previsto en la Constitución, por la evidente razón de que el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna no contiene ningún tipo penal. Lo que ocurrió fue que el legislador ordinario copió parte esencial del contenido de esa norma programática, incompleta, que se nutre de la *declaración de principios* que inspiró la campaña presidencial del ex mandatario Miguel de la Madrid Hurtado respecto del combate a la corrupción pública que se contiene en el referido artículo constitucional, contrariando así el espíritu de la reforma comentada, pues su verdadera función habría sido legislar en la materia generando el tipo penal de enriquecimiento ilícito, tras precisar en ley los casos y las circunstancias en que "el aumento sustancial del patrimonio" debía ser sancionado como enriquecimiento ilícito; *los casos y las circunstancias* en que "la adquisición de bienes" debía ser sancionada como enriquecimiento ilícito; también en qué casos y circunstancias "el conducirse como dueño respecto de dichos bienes" debía ser sancionado como enrique-

⁵¹ Es así, puesto que el Congreso de la Unión al legislar el artículo 224 del Código Penal Federal reprodujo una parte de la fracción III, párrafo tercero, del artículo 109 de la Carta Magna, aun y cuando lo que reprodujo es esencialmente de igual contenido.

cimiento ilícito y, en todo caso, "la no acreditación de la licitud de su procedencia"⁵², lo que, desde luego, no ha llevado a cabo.

Por otro lado, la referencia a que ese aumento sea sustancial implica que, para la generación de los tipos penales, el Constituyente Permanente estimó que no todo aumento del patrimonio podría ser considerado como enriquecimiento ilícito, sino sólo el que reuniera esa característica, *dejando con ello un espacio de impunidad al menos por lo que toca a ese pretendido delito tras aceptar que el aumento no sustancial no podría ser considerado como tal*. Por esta razón, la determinación en ley ordinaria de los casos y las circunstancias que harían punible el enriquecimiento ilícito conforme al marco acotado por el Poder Reformador de la Constitución precisa de su presencia para poder configurar un tipo penal, pues no sólo en ello vendría prevista la conducta constitutiva del delito en cuestión a través de la precisión de los hechos que se estimaran punibles, como de las circunstancias en que habrían de ser realizados para poder ser estimados como enriquecimiento ilícito, sino a la vez permitiría determinar ese espacio entre lo sustancial y lo que no lo fuere, atento a la exigencia de certeza jurídica como expresión de la necesaria taxatividad que se exige en la generación de tipos penales⁵³.

c) Para legislar en materia penal, tanto la Federación como las legislaturas estatales se encuentran facultadas por el Poder Constituyente; no obstante, como se ha visto, el Poder Reformador de la Constitución en la reforma constitucional de 1982 no dejó a elección de los aludidos legisladores decidir si en su ámbito competencial habrían o no de legislar en esta materia; muy por el contrario, *les cominó* a hacerlo debiendo seguir en ello la línea trazada por el mismo⁵⁴.

⁵² Vid. *infra*, y notas a pie 78 y 79. El Constituyente exigió la generación de un tipo en que se consideraran todos esos aspectos, pues el marco que acotó en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, *además* del incremento sustancial del patrimonio, de la adquisición de bienes o de su conducción como dueño, *exige la no acreditación de su ilícito aumento o procedencia*.

⁵³ Como expresión clara de la garantía de legalidad. Para nosotros se impone que, de llegarse a generar los tipos penales de enriquecimiento ilícito, los legisladores ordinarios deben adoptar un concepto normativo de lo que se considere como "sustancial" en cuanto al aumento del patrimonio.

⁵⁴ Ello no implica copiar el texto del artículo 109, fracción III, párrafo tercero,

Como no podría haber sido de otra manera, el Constituyente Per-
manente confió a la ley la determinación de los casos y las circuns-
tancias en los que se debía sancionar penalmente por causa de enri-
quecimiento ilícito, pues como refiere Bunster⁵⁵, *la ley no estaba obli-
gada a reproducir meramente al precepto constitucional en esta ma-
nera; antes bien, estaba obligada a no hacerlo*. El mencionado Poder
Reformador fue enfático al señalar en el artículo 109 de la Carta Magna
reformado que:

*El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de
los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de
responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas
conducientes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran
en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevencio-
nes: III. [...] las leyes determinarán los casos y las circunstancias en
los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento
ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encar-
go, o por motivos del mismo, por sí o por interposición persona, aumen-
ten sustancialmente su patrimonio, adquirieran bienes o se
conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pu-
diesen justificar.*

Por ello, la creación de los tipos penales de enriquecimiento ilícito

constitucional, sino, sobre el marco acotado por esa disposición, elaborar el tipo penal
de enriquecimiento ilícito previendo en la correspondiente norma los casos y las
circunstancias que darian lugar a su comisión.
⁵⁵ Vid. BUNSTER, Alvaro, *La responsabilidad penal del servidor público*, en
BUNSTER, Alvaro; BARRAGAN, José; FIX-ZAMUDIO, Héctor; GONZÁLEZ, Ma-
nuel; OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús y SOBERANES FERNÁNDEZ, José
Luis, *Las responsabilidades de los servidores públicos*, Instituto de Investigaciones
Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, N° 88, Porrúa, México, 1984, ps. 24 y ss.,
quien refiriéndose a la ley señala que ésta, por lo tanto, *no estaba obligada a reproducir
meramente al precepto constitucional en esta materia; antes bien, estaba obligada a
no hacerlo*, pues la Constitución le ordenaba, para acuar el o los tipos de enrique-
cimiento ilícito, fijar los casos y circunstancias en que éste se entendía configurado,
con el respeto debido al mandato constitucional contenido en el tercer párrafo de la
Carta Fundamental de no imponer pena alguna decretada por una ley exactamente
aplicable al delito de que se trata, lo que visto desde el ángulo de la ley penal y no
del hecho subsumible en ella implica el mandato de hacer leyes en que se describa
precisa, minuciosa y claramente la conducta inculminable (*cursivas añadidas*).

en cada entidad federativa, como en el ámbito federal, fiel al pacto de nuestra Federación, quedó en manos de las correspondientes legislaturas estatales y del Congreso de la Unión según sus respectivas competencias, de tal forma que cada uno de esos cuerpos legislativos orientado en el sentido que inspiró la reforma constitucional referida, mas no bajo la instrucción de *hacer literalidad, traslación o transcripción* del contenido de la fracción III del párrafo tercero del artículo 109 constitucional, aun y cuando ello fuese tan sólo en su parte esencial, "quedó obligado a punir el enriquecimiento ilícito", fijando a su entender, pero tomando como eje rector el marco normativo referido en dicho precepto constitucional, *los casos y las circunstancias* en que se habría de tener por configurado el mismo.

La referencia a la necesidad de sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito del servidor público que surge del texto constitucional, así como la que se recoge en la parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal, no es sino una mera declaración en el sentido de *sancionar penalmente al servidor público que en su empleo, cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito*, pues aludir a ello no conforma un tipo penal, como no lo es, por ejemplo, decir que deba sancionarse a quien defraude al fisco federal, o a quien incurra en operaciones con recursos de procedencia ilícita, o bien a quien cometa fraude financiero, o lo que es lo mismo, repito, *al servidor público que en su empleo, cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito*, pues mientras el legislador no precise en ley qué elementos lo constituyen para configurar su tipo penal, no puede afirmar que éste exista; de ahí que acertadamente el Constituyente Permanente encomendara a los legisladores ordinarios prever en ley *los casos y circunstancias* en que habría de considerarse como punible el enriquecimiento ilícito, pues sin duda, *así como un muerto no es el homicidio, el enriquecimiento ilícito tampoco es comprensivo de la conducta que el Poder Reformador de la Constitución determinó debía de ser sancionada por vía penal; como tampoco el aumento sustancial del patrimonio o la adquisición de bienes, o bien la conducción respecto de los mismos como dueño, pueden ser considerados per se como el enriquecimiento ilícito mismo que debió punirse*⁵⁶.

⁵⁶ Vid. supra e infra.

Es evidente que el legislador ordinario federal al legislar el artículo 224 del Código Penal Federal referido no cumplió con el mandato del Constituyente Permanente que, como se ha visto, instruyó a éste, como a las legislaturas estatales, para sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito del servidor público; pues *no construyó ningún tipo penal en el referido precepto*, ya que se dedicó a transcribir como tal parte esencial de una norma incompleta o programática como es la fracción III, párrafo tercero del artículo 109 de la Carta Magna, sin prever en forma alguna *los casos ni las circunstancias* bajo los cuales podría tenerse como penal el enriquecimiento ilícito. Incluso, en la propia iniciativa de reforma al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, el Ejecutivo en turno señaló⁵⁷:

La iniciativa tipifica como delito las conductas públicas ilícitas que ostensiblemente se han desarrollado durante el último medio siglo y que la ley ha ignorado. Establece, sobre bases coherentes, sanciones penales efectivas para prevenir y castigar dichas conductas, en consonancia con las reformas y adiciones al Título Cuarto constitucional en general y al artículo 111 en particular, que he sometido a la consideración del H. Congreso de la Unión. Esta iniciativa regula, *siguiendo esos principios constitucionales*, las penas para los delitos patrimoniales cometidos por servidores públicos, de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos o de los daños económicos causados, por su delincuencia, así como la naturaleza preventiva que debe tener su sanción económica.

Se tiene entonces que los principios recogidos por el texto constitucional en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna, que fraguaron en dicho precepto para constituir la norma programática, incompleta, marco o base que es, se recogieron en el artículo 224 del Código Penal Federal sin que fueran previstos *los casos y circunstancias* ya aludidos; luego, entonces, este último precepto, en la parte primera de su primer párrafo, es, a segundo nivel, la consagración de esa norma constitucional, lo que, como se ha dicho, no viene a constituir un tipo penal.

⁵⁷ Vid. CARDENAS RIOSECO, *El enriquecimiento ilícito...* cit., p. 102.

Por el contrario, Díaz Aranda⁵⁸ considera que sí existe tipo penal, que califica como "abierto", aceptando la posibilidad de su comple-
mentación por vía judicial; luego, para el mismo, la primera parte del

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

⁵⁸ Vid. *Enriquecimiento ilícito...* cit., ps. 105 a 107. Esta postura no es compartida,

pues como he referido para mí el precepto ordinario de referencia no contiene tipo penal alguno; luego, no se está en presencia de un tipo abierto, menos es aceptable la labor integradora del juzgador al caso. Cfr. del mismo DÍAZ-ARANDA, *Derecho Penal. Parte general (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 6, Portuá, México, 2003, ps. 64 y ss., que recientemente ofrece una postura distinta al sostener que se está en presencia de un tipo penal en blanco (ya no de un tipo abierto) y en el que no se describe la conducta a través de la cual el servidor público incrementa su patrimonio... por lo que contraviene el principio de legalidad y la garantía de certeza jurídica porque no determina cuál es la conducta que prohíbe (*puntos suspensivos añadidos*). Se aclara que en la publicación del libro que ahora se cita aparece su autor con el nombre de Enrique Díaz-Aranda, es decir, se utiliza en sus apellidos una separación mediante un guión, que no aparece en su nombre en otras publicaciones, que se escribe como Enrique Díaz Aranda (*sin guión*), sin embargo, se ha verificado que se trata del mismo autor, pues en la p. 65 cita una nota a pie con número 34 en la que remite a la obra *Enriquecimiento ilícito...*, ps. 104 y 123, que alude como su autor a Díaz-Aranda, E. (*con guión*) y esa obra a la que se remite es la escrita por Enrique Díaz Aranda (*sin guión*), como también en las obras suyas que cita en la bibliografía de la obra mencionada en primer término aparece escrito su nombre *sin ese guión*; luego, se trata del mismo autor, lo que se destaca para evitar confusiones en el sentido de que se pudiera pensar que se está frente a un homónimo, además porque en este estudio al hacer referencia a este autor se hará como Enrique Díaz Aranda (*sin guión*) en atención a que así aparecen publicadas las obras a su nombre. Sobre la Ley Penal en Blanco, vid. CURRY, Enrique, *La Ley Penal en Blanco*, Temis, Bogotá, 1988, ps. 23 a 54. Al no existir, como sostengo, ningún tipo penal en la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal no es posible sostener la presencia de un tipo penal en blanco (tampoco de un tipo abierto); simplemente esa posibilidad queda excluida ante la ausencia de tipo penal en el referido precepto al estar en presencia, a segundo nivel, de la repetición esencial de una norma incompleta, programática, marco o base prevista en otro apartado del sistema. Por otro lado, en la segunda parte del primer párrafo del artículo mencionado no se puede pretender encontrar complementación alguna bajo el esquema de una ley penal en blanco, pues en verdad ha sido en este apartado en el cual el legislador ordinario federal señaló lo que a su entender configura el enriquecimiento ilícito "sin aceptar tampoco aquí la existencia de la conducta constitutiva del enriquecimiento ilícito" al no constituir esa referencia al "no poder acreditar" una conducta de omisión en sentido penal.

primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal si contiene conducta, pues a decir de este autor el legislador creó un tipo que capta todas aquellas conductas en que el servidor haga uso de la función pública para enriquecerse, fuera de las descripciones del Título Décimo del Código Penal Federal. Según Cárdenas Riosco⁵⁹, se está en presencia de un tipo penal en blanco en el que no se describe la conducta prohibida, sino solamente el resultado.

Por otro lado, bajo la interpretación del Tribunal Pleno que ahora se analiza, se tendría que el máximo tribunal del país, tratándose del delito de enriquecimiento ilícito, estima que existen "dos tipos penales", a saber, el que creó el Constituyente Permanente en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional (que, de ser así, sería un tipo cerrado) y el diverso que se contiene en el artículo 224 en su parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal, que en forma "similar" "reiteró" los elementos integradores de aquel. Así, nos encontraríamos frente a dos tipos penales de enriquecimiento ilícito y esto, que es lo que ahora interpreta el Tribunal Pleno, es del todo incongruente con su primaria apreciación: la aseveración de que el Constituyente Permanente creó un "tipo penal constitucional", pues si esto fuera así, *sin conceder*, no sólo el tipo penal(?) del artículo 224 mencionado estaría por demás al ceder su aplicación frente a la norma constitucional, sino que *sistemáticamente contradictorio* vendría a ser su previsión en ley ordinaria; más aún, *la simple consideración de esa posibilidad*, ya que con la existencia de un "tipo penal constitucional" la materia penal aludida quedaría reservada al Constituyente Permanente; luego, el legislador ordinario estaría impedido de legislar sobre ello⁶⁰.

El artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional no contiene un tipo penal; luego, en el mismo no se recoge ningún elemento típico, de ahí que la parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal al transcribir parte esencial de ese precepto

⁵⁹ Vid. *Enriquecimiento ilícito*, cit. ps. 108 y ss., donde alude que el complemento al que remite el Código Penal Federal es la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que, dice, no regula nada al respecto, lo cual es compartido por nosotros.
⁶⁰ Cobrarián aquí aplicación los arts. 133 y 135 constitucionales.

haya llevado a segundo nivel esa norma programática, incompleta, marco o base prevista en la Carta Magna y ello, *de ninguna manera configura un tipo penal*.

3. ¿Vulnera o no la garantía de legalidad la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal?

El Tribunal Pleno sostiene que el artículo 224 en la parte primera del primer párrafo del Código Penal Federal no infringe la garantía de legalidad del artículo 14 constitucional al prever *de manera clara y precisa* cuál es la conducta a sancionar en dicho delito, siendo ésta, a su entender, el enriquecimiento ilícito⁶¹.

A este respecto, en la parte conducente de la tesis que se analiza dice lo siguiente:

El numeral ordinario de referencia colma la función jurídica de su tipo penal, a saber, la individualización de la *conducta humana que prohibe el enriquecimiento de manera ilícita*, que se encuentra comprendido *en la primera parte de su redacción* [...] la pura descripción objetiva del tipo en cuestión *encuentra su núcleo en el empleo del verbo principal: "enriquecerse", agregándole la palabra ilegítimamente, como un elemento normativo que entraña una valoración*, con lo

⁶¹ El Tribunal Pleno considera que el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Penal Federal está construido como un *tipo de acción*, pues entiende, sin razón, que el *enriquecimiento ilícito* es la conducta prohibida en dicho precepto, tal y como *si el muerto fuera el delito de homicidio*, pues incluso, respecto del segundo párrafo del mismo sostiene que se está en presencia de reglas relativas a la prueba. En este contexto, no es cierto que de manera *clara y precisa*, como pregona, esté prevista en aquél la conducta prohibida (como dice, el enriquecimiento ilícito), pues lo cierto es que la conducta relacionada con el mencionado enriquecimiento sólo pudo preverse en ley de haberse establecido en la misma *los casos y las circunstancias* que exigió el Constituyente para la generación del aludido, *sin conceder*, tipo penal, pues en la previsión de esos *casos y circunstancias* habría surgido el comportamiento prohibido. Para mí es evidente que *no existe ninguna conducta descrita* en el aludido numeral, pues éste no es sino una transcripción esencial del artículo 109 constitucional, fracción III, párrafo tercero, además de que de la interpretación auténtica del propio artículo 224 en su segunda parte, también de su primer párrafo, resulta que fue lo que el legislador ordinario federal quiso sancionar como enriquecimiento ilícito y que no se corresponde tampoco con la interpretación que brinda el Tribunal Pleno, menos con la exigencia del Constituyente Permanente.

cual se significa el sentido antijurídico del delito, que consiste en la acción de enriquecerse ilícitamente [...] la redacción del artículo 224 citado no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 constitucional, al prever de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar, que para el caso la constituye el enriquecimiento ilícito, conducta que indudablemente es la que conforma el núcleo esencial del delito.

Como sostengo, el artículo 224 en la parte primera de su primer párrafo del Código Punitivo de referencia "no contiene un tipo penal"; luego, no colma la función del supuesto tipo penal que se aduce por el Tribunal Pleno; a lo mucho, lo que colma como función es la de servir como conducto a segundo nivel, para reproducir en parte la norma incompleta y programática que el Constituyente Permanente plasmó en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna⁶², pues recordemos que dicho precepto ordinario se limitó a recoger una parte del numeral constitucional referido y sólo ello, sin que se ocupara de prever los casos y las circunstancias de cuándo, conforme al marco constitucional mencionado, el delito de enriquecimiento ilícito se tendría por configurado.

No obstante, para el Tribunal Pleno, el tipo penal de enriquecimiento ilícito se encuentra previsto "en la parte primera del primer párrafo" del artículo 224, pues en su parte segunda, sostiene, se contienen reglas procesales relativas a la prueba⁶³, lo que es en sí mismo contradictorio con la exigencia constitucional que se desprende de la fracción III, párrafo tercero, del artículo 109 de la Carta Magna⁶⁴.

⁶² Vid. supra e infra, y nota a pie 52.

⁶³ Este párrafo establece: 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. Vid. infra, mi comentario a la tesis del análisis en la Cuarta Afirmación del Tribunal Pleno.

⁶⁴ Vid. supra. El Constituyente Permanente en el marco que acotó a los legisladores ordinarios les dirigió el mandato de crear el tipo penal de enriquecimiento ilícito previendo en ley los casos y las circunstancias en que sería punible el aumento del patrimonio, de los bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño y, además, la no acreditación de la lícita procedencia de dicho aumento en el patrimonio o bienes.

Dicho precepto en su párrafo primero, parte primera, dice:

Art. 224. Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito⁶⁵.

Ahora, del contexto de ese primer párrafo en su parte primera el Tribunal Pleno extrae que se encuentra prevista la conducta que prohíbe el tipo penal, a su entender el enriquecimiento ilícito y, con respecto a ella, no obstante referir que se prevé de *manera clara y precisa*, “titubea” en la tesis de análisis, argumentando así en tres distintas direcciones.

a) Dice primero lo siguiente:

El numeral ordinario de referencia colma la función jurídica de su tipo penal, a saber, la individualización de la *conducta humana* “que *prohíbe*” el enriquecimiento de manera ilícita.

El Tribunal Pleno hace aquí referencia a “la conducta humana” que “prohíbe” el enriquecimiento de manera ilícita, es decir, antepone con toda claridad un comportamiento humano (conducta humana que prohíbe) al “enriquecerse de manera ilícita”. Con ello, *lo evidente* traciona la interpretación del Tribunal Pleno, pues resulta innegable que el enriquecimiento ilícito requiere de una causa generadora “ya que no surge de la nada” y dicha causa no puede ser otra que un comportamiento humano previo del cual ha de derivar o del azar, y esto, *por evidente* que resulta, no pasó inadvertido al máximo tribunal no obstante el esfuerzo realizado para negarlo⁶⁶. Como se ve, el Tribunal Pleno acepta,

⁶⁵ Como se observa, en la referencia del legislador no se contiene nada respecto de *los casos y las circunstancias* exigidas por el Poder Constituyente; luego, no se cumple con el mandato constitucional. No hay en este apartado referencia alguna a la conducta punible, pues el enriquecimiento ilícito no es sino la resultante, o bien de un comportamiento previo o del simple azar, pues resulta claro que no surge de la nada; afirmación que se realiza sin perjuicio de que, como sostengo, no existe tipo penal alguno en el artículo 224 del Código Penal Federal, sino una mera *inserción esencial de los contenidos del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional* que a este nivel secundario fueron recogidos por el Congreso Federal.

⁶⁶ Es claro que nos movemos en un Derecho Penal de autor y, por ello, en el ámbito penal habrá que decir que si de enriquecimiento ilícito se trata, debe preceder

en esta parte de la tesis que se analiza, la necesaria existencia de una *conducta humana que como tal* es distinta de lo que es el enriquecimiento ilícito, precisamente la que señala "ser la que lo prohíbe", que no es, entre otros elementos, sino la conducta prohibida que debió prever el legislador ordinario en el artículo 224 de haber legislado *los casos y las circunstancias* bajo los cuales el enriquecimiento ilícito sería punible, pues esos *casos y circunstancias* no pueden referirse, entre otros elementos, sino a la conducta prohibida, lo que demuestra que se percató de su ausencia en ley, no obstante, prefirió omitir su aceptación.

b) Con posterioridad el Tribunal Pleno asienta en la tesis lo siguiente:

La pura descripción objetiva del tipo en cuestión encuentra su núcleo en el empleo del verbo principal: "enriquecerse", agregándole la palabra "ilegalmente", como un elemento normativo que entraña una valoración, con lo cual se significa el sentido antijurídico del delito, que consiste en la acción de enriquecerse ilícitamente.

Se observa aquí "sobre lo mismo" una formulación distinta en la interpretación, pues ahora se sostiene que el *enriquecerse es núcleo*, mientras que la palabra ilegalmente (debe ser ilícito) es ahora un *elemento normativo*, es decir, bajo esta nueva interpretación, el enriquecerse y que ello sea ilícito (ilegalmente le llama el Tribunal Pleno) son dos cuestiones diferentes: la primera es el *núcleo o verbo rector* y la segunda un *elemento normativo del tipo*, por lo que, de ser esto así, por evidente razón sistemática ambas no pueden fusionarse para constituir un concepto único, menos para ser estimadas —en suma— como si se tratara de una conducta. Enriquecerse ilícitamente —como concepto— es, sin duda, "un resultado".⁶⁷

al mismo un comportamiento humano siempre doloso de conformidad con los arts. 7º, 8º y 9º, párrafo primero, del Código Penal Federal. Sin embargo, como he afirmado, para mí no existe tipo penal en el artículo 224 del Código Penal Federal y esto lo afirmo respecto de todo el precepto.

⁶⁷ Como un muerto no es homicidio sino la resultante de privar de la vida a otro. Tal y como he referido, el aumento sustancial del patrimonio o la adquisición de bienes necesariamente ha de tener un origen y ese origen sólo puede ser encontrado en dos aspectos: o bien en un comportamiento humano ilícito o no, o bien en un

Como se ve, esta *segunda interpretación* que en este aspecto particular da el Tribunal Pleno no es conteste con la que formuló en primer término no obstante estar interpretando lo mismo. El Constituyente Permanente en el artículo 109, fracción III, constitucional dirigió un mandato a los legisladores ordinarios de sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito mediante la previsión en ley de *los casos y las circunstancias*, conforme al marco que prevé, en que el mismo debía ser así sancionado; luego, el enriquecimiento ilícito no es *esos casos y circunstancias*, como tampoco el enriquecimiento ilícito a que alude el Congreso Federal en el artículo 224, primer párrafo, parte primera de su Código Penal es conducta. La conducta prohibida constitutiva de dicho ilícito debió darse de haberse previsto en el Código Penal *esos casos y circunstancias*, según se ha visto⁶⁸.

componente de azar. Del azar o del comportamiento humano ilícito o ilícito se producirá el aumento del patrimonio o el incremento de los bienes; luego, ese aumento o incremento del patrimonio o de los bienes será lo que manifieste el enriquecimiento del sujeto servidor o ex servidor público; el cual, según su origen, podrá ser calificado de ilícito o ilícito, de delito o no. Siendo esto así, el enriquecimiento ilícito no puede ser otra cosa que una resultante, o, si se prefiere, un resultado de un componente de azar o de un comportamiento previo que llevó al mismo, por lo que cabría preguntarse: si acaso, como sostiene el Tribunal Pleno, el enriquecimiento ilícito es la conducta descrita en el artículo 224, parte primera, de su primer párrafo, del Código Penal Federal, *entonces ¿cual sería el resultado exigido para este delito?* [...] No escapa que frente a un tipo de enriquecimiento ilícito en los términos en que se quiere conformar necesariamente se estaría frente a un delito de *resultado material* y éste es elemento del tipo, de ahí que, sin resultado, la conducta carecería de tipicidad. Insisto en que no existe tipo penal alguno en el artículo 224 (en todo el precepto) del Código Penal Federal; menos este precepto observa el marco acotado para la creación del tipo penal de enriquecimiento ilícito que determinó el Poder Constituyente Permanente en la fracción III, párrafo tercero, del artículo 109, constitucional, pues resulta claro que no previó *los casos ni las circunstancias* en que el enriquecimiento ilícito debía ser punible.

⁶⁸ Además, no es sostenible a efectos del artículo 224 del Código Penal Federal que la referencia que en la parte primera de su párrafo primero se hace del enriquecimiento ilícito sea a una conducta, según el Tribunal Pleno “la prohibida en el pre-tendido tipo”, cuando es el caso que, a mayor abundamiento, el legislador ordinario no sanciona como tal el incremento ilícito del patrimonio o la adquisición de bienes, ni la conducción respecto de ellos como dueño, sino que considera —y lo hace en la *segunda parte del párrafo primero*— que enriquecimiento ilícito es (por ello señala que *este existe cuando*) “no poder acreditar” el legítimo aumento del patrimonio o

c) Por último, el Tribunal Pleno concluye que la conducta prohibida en el tipo penal aludido es el enriquecimiento ilícito, pues al respecto dice:

La redacción del artículo 224 citado no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 constitucional, al prever de manera clara y precisa cual es la conducta a sancionar, que para el caso la constituye el enriquecimiento ilícito.

No es claro ni preciso, incluso para el propio Tribunal Pleno, lo que aquí asevera, pues como se ha visto, respecto del mismo tema ya aduce tres distintas interpretaciones. Tampoco acierta en señalar que la conducta a sancionar en el artículo 224 del Código Penal Federal en su parte que se analiza sea el enriquecimiento ilícito.

Veamos por qué:

Como se ha visto, el Tribunal Pleno estima que el tipo penal en estudio se encuentra "agotado" y por ello "se cierra" en la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal, que dice: "se sancionará al servidor público que en su empleo, cargo o comisión incurra en enriquecimiento ilícito", pues como a la vez refiere, lo previsto en la segunda parte de su párrafo primero son para el mismo reglas procesales relativas a la prueba⁶⁹. Bajo esta postura, el debate que dio origen a la tesis de análisis se centró precisamente en sostener que "el enriquecimiento ilícito no es una conducta, sino un resultado"⁷⁰; en razón de ello el Tribunal Pleno tuvo que pronun-

de la legítima procedencia de los bienes a su nombre o respecto de los que se conduzca como dueño conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Esta presente aquí lo que este legislador conceptualizó como enriquecimiento ilícito "una no acreditación y no un ilegal incremento", es decir, esta segunda parte recoge la interpretación auténtica del legislativo respecto a lo que el mismo consideró como enriquecimiento ilícito.

⁶⁹ Vid. infra. Sin aceptar la existencia del aludido tipo penal, no considero acertada una afirmación de esta magnitud, si se considera que los tipos penales por definición no contienen reglas procesales, sino elementos configuradores de los mismos, los que desde su primaria concepción y hasta la culminación de su descubrimiento por la dogmática penal jamás se perdieron en esa oscuridad.

⁷⁰ En este sentido vid. CÁRDENAS RÍOSEC, ob. cit., ps. 109 a 119, y del mismo autor, *El delito de enriquecimiento ilícito ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una posición inquietante*, Porrúa, México, 2003, ps. 79 a 87 y en

ciarse respecto del mismo, lo que lo condujo a sostener con "gran titubeo" que, por el contrario, el enriquecimiento ilícito era la conducta prohibida en el tipo penal mencionado que expresa no ser abierto⁷¹, sino cerrado⁷².

No obstante que, para el caso particular, aceptar o no como lo hace el Tribunal Pleno que la primera parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal sea un tipo abierto o cerrado no resulta atinado, pues, como se ha evidenciado, el artículo 224 del Código Penal Federal no contiene tipo penal alguno⁷³; es, en cambio, una

antecedentes XXIX a XXXI, quien siguiendo esencialmente algunas posiciones de la

doctrina penal de Argentina respecto del delito de enriquecimiento ilícito contenido en el artículo 268,2 de su Código Penal, acuerda en considerar que el enriquecimiento ilícito no es una conducta sino un resultado, posición a la que también adhiero, desde luego sin abandonar lo que sostengo en el sentido de que el artículo 224 del Código Penal Federal no contiene tipo penal alguno por las razones que he expuesto y de que el legislador argentino no previó a nivel de su Constitución Federal ningún marco de referencia, como si hiciera el mexicano para que se legislara en esta materia; ello sin perjuicio de que su artículo 268,2 precisa una construcción distinta de la que se contiene en el artículo 224 del Código Penal Federal, pues aquel dice: "Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al cien 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 disimularlo, 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 hubiere incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho". Así, mientras que para el legislador argentino existe enriquecimiento pues a tal efecto señala que se entenderá que lo hubo: no sólo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban [...] por el contrario, para el legislador penal federal mexicano el enriquecimiento ilícito existe 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.

⁷¹ Sobre los tipos abiertos vid. ZAFFARONI, ob. cit., ps. 183, 184 y 324. Cf. *infra*, y nota a pie 53 con referencia a Díaz Aranda.

⁷² Vid. VELAZQUEZ V., ob. cit., ps. 114 a 118, sobre el principio de legalidad.

⁷³ Vid. *supra*. Y esto lo sostengo en cuanto a todo su contenido.

*reproducción esencial de una norma incompleta, programática, marco o base que recogió una declaración de principios*⁷⁴, como es el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional.

Debe recordarse que el Constituyente Permanente, al reformar la Constitución Política en el año 1982, dejó claro que debía sancionarse el enriquecimiento ilícito del servidor público y para ello emitió mandato al Congreso de la Unión como a las legislaturas estatales para que en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme al marco acotado desde el texto constitucional, legislaran previendo los casos y circunstancias que darían lugar a la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, es decir, bajo dicha determinación quedó en estos legisladores establecer en su ley penal *esos casos y circunstancias* en que debiera punirse el enriquecimiento ilícito, lo que quiere decir que los mismos habrían de ser determinados por los referidos legisladores ordinarios, pudiendo construir cada uno de ellos el tipo penal de enriquecimiento ilícito con cierta libertad, pues para ello se estableció un marco o base a nivel de la Carta Magna; de ahí, debían concretar en la ley penal el correspondiente tipo penal de enriquecimiento ilícito, pero con la limitante única de que en cumplimiento del mandato⁷⁵ del

⁷⁴ Vld. BUNSTER, ob. cit., p. 25, coincidente con mi posición. Por su parte,

DÍAZ ARANDA, *Enriquecimiento ilícito*... cit., ps. 104 y ss., acepta la existencia de un tipo penal en el precepto, al que si bien califica de *abierto*, no le resta legalidad. Cfr. CÁRDENAS RÍOSEC, *Enriquecimiento ilícito*... cit., ps. 109 y 135 a 141, por su parte sostiene que se está en presencia de un tipo penal *en blanco* por la remisión que se hace a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y, además, en su obra *El delito de enriquecimiento ilícito*... cit., p. Antecedentes XXXI, alude por otro lado que el legislador creó un tipo *abierto* que no precisa en forma objetiva las conductas constitutivas del enriquecimiento ilícito. Como sostengo, no se está en presencia de un tipo *abierto*, como tampoco de un tipo penal *en blanco*, pues lo que ocurre es que, a mi entender, en el artículo 224 del Código Penal Federal simplemente no existe ningún tipo penal; luego, la discusión se centra en otro nivel.

⁷⁵ El mandato del Constituyente Permanente al que me he referido no era sólo el legislar para prever en la legislación penal el tipo de enriquecimiento ilícito, sino hacerlo en base al marco general previsto en la fracción III del párrafo tercero del artículo 109 de la Constitución Política, para lo cual los legisladores ordinarios se obligaban a legislar previendo en qué *casos y circunstancias* sería punible el enriquecimiento ilícito, pues resulta claro que no bajo todo supuesto de incremento patrimonial o de adquisición de bienes o de conducción respecto de ellos como dueño se quiso sancionar el enriquecimiento ilícito.

Constituyente Permanente se debían sancionar penalmente los *casos y circunstancias* que se consideraran punibles para estimar el aumento del patrimonio, del incremento de bienes o su conducción como dueño, constitutivos de un enriquecimiento ilícito.

En la iniciativa de reforma constitucional del año 1982, dirigida por el ejecutivo federal a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, se menciona textualmente lo siguiente:

No es compatible servir en puestos públicos y simultáneamente tener negocios cuya actividad se funda en relaciones económicas con el gobierno. Esta dualidad es inmoral; o se gobierna o se hacen negocios. Los empleos, cargos, comisiones en el servicio público no deben ser botín de nadie, sino salvaguarda de la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia con que habrá que servir los intereses del pueblo. La iniciativa recoge la necesidad de contar con procedimientos políticos, penales y administrativos adecuados para prevenir y sancionar la corrupción pública [...]. Se propone configurar constitucionalmente el "enriquecimiento ilícito" de los servidores públicos como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo. El régimen actual ofrece bases endebles para pretender combatirla con efectividad por algunas que *permiten enriquecer el patrimonio con cargo al servicio público*, sin la obligación de comprobar los medios ilícitos de dicho enriquecimiento. La experiencia muestra que esta debilidad del régimen jurídico derrota la voluntad política cuando se busca sancionar las *conductas corruptas y reintegrar al pueblo los bienes que se sustraen del patrimonio nacional*. Sancionar el *enriquecimiento ilícito* de los servidores públicos, cualquiera que sea su fuente, es exigencia ineludible del pueblo.⁷⁶

Así, acudiendo a los distintos Códigos Penales de la República mexicana encontramos las siguientes vertientes respecto a cómo fue que legislaron a este respecto⁷⁷:

a) Códigos Penales que sancionan incurrir o haber incurrido en

⁷⁶ CÁRDENAS RÍOSECO, *Enriquecimiento ilícito*... cit., ps. 78 y 82.

⁷⁷ En afán de no realizar una inútil transcripción completa del texto de cada uno de los Códigos Penales y de buscar que la exposición y su lectura sea de más fácil manejo, en cada caso se plasma el contenido o la idea medular de cada uno de ellos, acorde con la clasificación que se adapta.

de su legítimo incremento o de su legal procedencia.

Dentro de éstos se encuentran: El Código Penal Federal (art. 224),

de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes. El Código

78 De otra opinión Cárdenas Riosco, El delito de enriquecimiento ilícito...

Magna.

Penal del Estado de Yucatán (art. 265), que sanciona se haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que éste existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes, y el Código Penal del Estado de Veracruz (art. 261), que sanciona que haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que éste existe cuando el servidor público no pueda acreditar que es legítimo el desproporcionado aumento de su patrimonio⁷⁹.

b) Otros Códigos no sancionan el incremento ilegal del patrimonio derivado del servicio público, sino la no acreditación de su legal incremento, entre ellos se encuentran: El Código Penal del Estado de Colima (art. 133), que sanciona al servidor público que no acredite el aumento lícito de su patrimonio. El Código Penal para el Estado de Chiapas (art. 282), que sanciona no poder acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes. El Código Penal del Estado de Chihuahua (art. 137), que sanciona al funcionario o empleado que requerido legalmente por las autoridades no acredite la legítima procedencia de los bienes. El Código Penal del Estado de Jalisco (art. 153), que sanciona como tal cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes. El Código Penal del Estado de Nayarit (art. 225), que sanciona no poder acreditar el legítimo aumento del patrimonio o la legítima procedencia de los bienes.

⁷⁹ Para nosotros ninguno de estos legisladores observó el mandato constitucional y en consecuencia omitieron punir como enriquecimiento ilícito lo que quiso el *Constituyente Permanente*. Muy por el contrario, ellos interpretaron el enriquecimiento ilícito haciéndolo consistir en el no poder acreditar el legítimo incremento patrimonial o de la legítima procedencia de los bienes. Además, en los respectivos artículos de cada uno de estos Códigos en que se recoge el enriquecimiento ilícito se aprecia una transcripción, casi literal, de la parte conducente del contenido del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna; luego, entonces, no pueden configurar un tipo penal. Como consecuencia de "esa copia esencial", tampoco desarrollaron los casos ni las circunstancias bajo los cuales se debería considerar como delictivo el enriquecimiento ilícito. No describen la conducta punible.

bienes, y el Código Penal del Estado de Sonora (art. 192), que sanciona no poder acreditar el legítimo aumento del patrimonio o la legítima procedencia de los bienes⁸⁰.

c) Hay Códigos Penales que sancionan incurrir o haber incurrido en enriquecimiento ilícito y que prevén una presunción *iuris tantum* respecto de cuándo considera el legislador que *este existe*⁸¹. Siguen esta línea los Códigos Penales de los Estados de Querétaro (art. 270), que sanciona que haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que se presume que *este existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio*. El Código Penal del Estado de Guerrero (art. 250), que sanciona que se haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que se presume que *este existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio* con la salvedad de que no señalan que *existe enriquecimiento ilícito cuando* [...] sino que dicen que “se presumirá” existe enriquecimiento ilícito cuando [...] y el Código Penal del Estado de Zacatecas (art. 205), que sanciona que haya incurrido en enriquecimiento ilícito y que se presume que *este existe cuando el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio*. El Código Penal del Estado de Quintana Roo (art. 252), que en el delito que denomina Aprovechamiento Ilícito del Poder describe en diversas fracciones distintas conductas

⁸⁰ Estos Códigos Penales ni siquiera hacen referencia al enriquecimiento ilícito, tan sólo sancionan no acreditar el legal incremento del patrimonio, por lo que tampoco cumplen con el mandato constitucional al dejar de sancionar los casos y circunstancias en los cuales el aumento sustancial del patrimonio, el incremento de bienes o bien la conducción respecto de ellos como dueño sean estimados como enriquecimiento ilícito, ello, juntamente con su no acreditación, que es lo que quiso el *Constituyente Permanente*. De sobra está decir, por tanto, que no refieren a la conducta punible.

⁸¹ Este grupo se diferencia del previsto en el inciso a, ya que mientras en los Códigos Penales que el mismo contempla se contiene en la ley la interpretación *antitécnica* con respecto a qué fue lo que el legislador entendió, interpretó, tuvo, considerado como enriquecimiento ilícito; en el supuesto que ahora se menciona no existe tal referencia. Tampoco aquí se cumple con el mandato constitucional al dejar de sancionar “el ilegítimo incremento patrimonial en que incurriese el servidor público, tras la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño” tras dejar de prever los casos y las circunstancias en que ello se estimaría como punible a título de ese delito. Tampoco refieren a la conducta punible.

prohibidas, para concluir en su párrafo final señalando que *se presume que existe enriquecimiento ilícito* cuando en el desempeño del cargo o al separarse de él se esté en posesión de bienes por sí o por medio de interpósita persona, que sobrepase notoriamente las posibilidades económicas de acrecentar el patrimonio declarado o conocido a la fecha de su ingreso⁸². Sin embargo, hay un Código Penal, que es el del Estado de Sinaloa (art. 307), que simplemente refiere sancionar que *se haya incurrido en enriquecimiento ilícito*⁸³.

d) Hay Códigos en los que *no se sanciona el no acreditar el legítimo incremento del patrimonio, sino el incremento ilícito del patrimonio* derivado del servicio público. Se tiene aquí al Código Penal del Estado de Morelos (art. 280), que sanciona fuera de los supuestos previstos en el correspondiente *Título utilizar el puesto, cargo o comisión para incrementar el patrimonio*. El Código Penal del Estado de Tabasco (art. 244), que sanciona fuera de los supuestos previstos en el correspondiente *Título utilizar el puesto, cargo o comisión para incrementar el patrimonio*⁸⁴.

⁸² Estos tipos se quisieron construir como "tipos de acción", sin embargo, esos legisladores olvidaron *prever la conducta prohibida* mencionando tan sólo sancionar el enriquecimiento ilícito. Tampoco aquí fue observado el mandato constitucional, pues no se determinó en ellos *los casos y las circunstancias* bajo los cuales se habría de tener el enriquecimiento ilícito como delito. La presunción sobre la existencia del enriquecimiento ilícito no afecta esa estructura.

⁸³ El legislador de Sinaloa incurrió en igual deficiencia. Simplemente refiere punir el enriquecimiento ilícito pero no prevé *los casos ni las circunstancias* bajo los cuales éste deba ser sancionado penalmente. No existe tampoco en esta referencia ninguna conducta prohibida; luego, tampoco cumplió con el mandato constitucional.

⁸⁴ Me parece que en estos casos, aun y cuando se prevea que la conducta prohibida considerada como enriquecimiento ilícito habrá de ser aquella que no sea ninguna de las previstas para otros delitos que se contengan en el mismo capítulo que el enriquecimiento ilícito mismo, asignando de esta manera al juzgador la función de cerrar el tipo al caso concreto, ello no es suficiente para afirmar la previsión de la conducta o conductas que constituyen el delito en cuestión, pues, como se ha afirmado, el Constituyente Permanente ni siquiera tuvo la intención de que todo incremento patrimonial o adquisición de bienes fuera tenido como delito de enriquecimiento ilícito, sino sólo el que fuere sustancial, además de que la previsión encomendada a los legisladores ordinarios de prever los *casos y circunstancias* en que debería ser punible el enriquecimiento ilícito exigen su precisión atendiendo al principio de taxatividad

e) Hay Códigos Penales que sancionan diversos comportamientos como el enriquecimiento ilícito, siendo su construcción como "tipos de acción". Aquí se encuentra: El Código Penal del Estado de Oaxaca, que lo denomina como *enriquecimiento ilegítimo* (arts. 217 bis A, bis B, bis C y bis D), que sancionan: bis A: en ejercicio de las funciones, *efectuar compras o ventas, otorgar contratos o concesiones o resolver asuntos...*; bis B: por sí o por interposición persona o a través de sociedades de las que sea parte, *hacer inversiones, compras, ventas o cualquier operación que produzca beneficio...*; bis C: también que por sí o por interposición persona haga uso de recursos humanos o materiales en *actividades ajenas a las atenciones o necesidades oficiales...*; bis D: *yl otorgar nombramiento o comisión oficial cuando no se desempeñe el servicio para el que se le nombró*⁸⁵.

y no a un proceso de eliminación o de inversión no compatible con la garantía de legalidad. Se pretende aquí estar frente a tipos *dolosos de acción*, en los que el enriquecimiento ilícito vendría a ser consecuencia de una conducta que lo produzca pero que ha de ser distinta de las conductas que se encuentran prohibidas en los *demás delitos previstos en el mismo título*, para el caso del Estado de Morelos (arts. 270 a 279) y para el caso del Estado de Tabasco (arts. 234 a 243), siendo éstos los delitos de: Incumplimiento de Funciones Públicas, Ejercicio Indebido de Servicio Público, Abuso de Autoridad, Coacción, Concusión, Intimidación, Ejercicio Abusivo de Funciones, Tráfico de Influencia, Cohecho y Peculado. Es evidente que aquí tampoco los legisladores mencionados observaron el mandato constitucional aludido, pues a pesar de formular la norma a la manera de una inversión o de un proceso de eliminación, ello no puede configurar los casos y circunstancias ya aludidos. Además, en esas construcciones se aprecia con claridad que se tiene al enriquecimiento ilícito como lo que es: *un resultado que deviene de la realización de las diversas conductas que conlleven el mismo pero que no sean las que se sancionan en los delitos arriba mencionados*.

⁸⁵ En el Código Penal oaxaqueño se tienen descritos los comportamientos que su legislador estimó constituirían el *enriquecimiento ilegítimo*, aun y cuando esos comportamientos en otras legislaciones se consideran constitutivos de otros delitos. Esas conductas son distintas de las que se sancionan en otros delitos de su Código Penal, tales como: el Ejercicio Indebido y Abandono de Funciones, Coalición de Funcionarios, Abuso de Autoridad y otros Delitos Oficiales; Cohecho, Peculado y Concusión. El Código Penal del Estado de Oaxaca tiene al enriquecimiento ilícito como lo que es, *un resultado que deviene de la realización de las diversas conductas descritas en el artículo 217 bis A, B, C y D*; señalándose que, a la vez, el legislador oaxaqueño no cumplió con el multitaludado mandato del Constituyente Permanente que, como se ha referido, exigió la construcción de los tipos penales de enriquecimiento ilícito consi-

f) Hay otros Códigos Penales cuya construcción es compleja, pues no sólo refieren al incremento ilegal del patrimonio, sino además a la no acreditación de la legal procedencia del mismo. Es el caso del Código Penal del Estado de Coahuila (art. 179), que sanciona *aumentar en proporción sustancial el patrimonio y no acreditar la legitimidad procedencia de lo que se adquirió por sí o por interpósita persona*. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (art. 275), que sanciona *utilizar el puesto, cargo o comisión para incrementar el patrimonio sin comprobar su legitimidad procedencia*. El Código Penal para el Estado de Durango (art. 152), que sanciona *obtener un lucro evidentemente desproporcionado sin demostrar la honestidad procedencia de los bienes*. El Código Penal del Estado de México (art. 141), que sanciona *obtener un lucro evidentemente desproporcionado con la percepción sin demostrar la honestidad procedencia de los bienes*. El Código Penal del Estado de San Luis Potosí (art. 179), que sanciona *aumentar el patrimonio sin que pueda acreditarse el incremento o la legitimidad procedencia de los bienes*. El Código Penal del Estado de Campeche (art. 198), que sanciona *aumentar sustancialmente el patrimonio, adquirir bienes o conducirse como dueño de ellos cuya procedencia lícita no pudiere acreditarse*.⁸⁶

g) Por último, hay Estados de la República mexicana que ni siquiera han legislado al respecto, entre ellos están: los Estados de Aguascalientes, Baja California, Hidalgo, Nuevo León y Tlaxcala. La conclusión de esto resulta clara; si bien el Poder Reformador de la Constitución dejó en manos de los legisladores ordinarios del país sancionar según *los casos y las circunstancias* el delito de enriquecimiento ilícito, también lo es que el mandato que a los mismos dirigió fue precisamente sancionar penalmente, valga la redundancia,

derando frente al aumento ilegal del patrimonio, la adquisición de bienes o la producción respecto de los mismos como dueño, también "la no acreditación de su procedencia lícita".

⁸⁶ Respecto de estas construcciones, me parece que de fondo no son más que una copia del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional, por lo que, como he sostenido, no se erigen en tipos penales. Tampoco han observado el mandato constitucional de prever *los casos y las circunstancias* bajo los cuales se ha de punir el enriquecimiento ilícito, acorde a la concepción del Constituyente Permanente; por tanto, es evidente que en ellos tampoco se prevé la conducta prohibida.

el enriquecimiento ilícito conforme al marco legal que se plasmó en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional que es: *punir los casos y las circunstancias en que el "aumento sustancial del patrimonio" debe ser considerado como enriquecimiento ilícito; punir los casos y las circunstancias en que "la adquisición de bienes" debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; punir los casos y las circunstancias en que "la conducción como dueño respecto de los bienes" debe ser considerada como enriquecimiento ilícito; siendo esto y no otra cosa lo que el Constituyente Permanente exigió del Congreso de la Unión y de las legislaturas estatales. Como se ha visto, "ese mandato no fue ni ha sido observado por ninguno de los legisladores del país". Concluyendo este apartado, *no se comparte tampoco* la interpretación brindada por el Tribunal Pleno, pues aun y cuando se quiera sostener que existe un tipo penal en la primera parte del párrafo primero del artículo 224 del Código Penal Federal, la interpretación que ofrece el Tribunal Pleno no es aceptable, ya que el referido numeral no contiene un tipo penal. En razón a ello, no resulta adecuado entrar a la discusión respecto de si en ese apartado existe un tipo abierto o cerrado, o si se está en presencia de un tipo en blanco pues, como sostenemos, *es que simplemente tal tipo penal no existe y por ello es que dicho precepto viola la garantía de legalidad prevista en el artículo 14 constitucional.**

El Tribunal Pleno, como juez supremo del país encargado de velar por la constitucionalidad, debió considerar en la emisión de la tesis que se comenta, que en su resolución se obligaba, como garante de los principios constitucionales, a poner límites a los extraviados violatorios de la Constitución Política en que incurrió el legislativo federal al crear el artículo 224 del Código Penal Federal apartándose de la Carta Magna, pues ciertamente dicho precepto no contiene ninguna descripción típica.

4. ¿Cuál es la naturaleza del contenido de la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal?

El Tribunal Pleno sostiene que la segunda parte del primer párrafo

del artículo 224 del Código Penal Federal no constituye un *complemento del tipo*, sino que se trata de *reglas procesales relacionadas específicamente con los medios de prueba para esta clase de delitos*, que debe de entenderse como *el derecho a la defensa* consagrado a la manera de medio concreto de adoptar en este delito su defensa para desvirtuar los elementos de prueba existentes en contra.

A este respecto, en la parte conducente de la tesis que se analiza dice lo siguiente:

La segunda parte del propio precepto, relativa a que "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", *se refiere a las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba para esta clase de delito*, con la finalidad de desvanecer la imputación correspondiente; es decir, *la remisión* que el precepto impugnado realiza a la referida ley, para que el servidor público acredite el legítimo aumento de su patrimonio, *no constituye un complemento del tipo penal, sino debe entenderse como su derecho de defensa*, que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria como medio concreto de adoptar su defensa y desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra.

Ninguna regla relativa a la prueba podría tener cabida en el caso particular, al ser que los tipos penales no contienen sino elementos que los configuran, no reglas de prueba⁸⁷, cuya previsión queda reservada al ámbito del Derecho Procesal. Al no existir tipo penal en la parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal, sostener, como refiere el Tribunal Pleno, que no se está frente a un *complemento del tipo* se traduce en estimar que, *sin conceder*, para el mismo existe un tipo penal en el aludido precepto, pero respecto del cual la segunda parte de su primer párrafo no es su complemento, cuando ocurre que, como se ha señalado, *tal tipo penal simplemente no existe*.

⁸⁷ Vid. supra, y nota a pie 49. Claro está, sin que para mí en ninguna parte del artículo 224 del Código Penal Federal exista un tipo penal.

viola el principio de no autoincriminación previsto en el artículo 20, apartado 3,

Por su parte, la remisión a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos a fin de acreditar el ilícito incremento del patrimonio no es, como afirma el Tribunal Pleno, "el derecho de defensa" o como dice "su derecho de defensa", aun y cuando lo califique de "concreto", pues dicho derecho fundamental tiene por mucho mayores alcances, ya que no se agota en la prueba misma, al no ser, como tal, *el derecho a probar el derecho de defensa mismo, ya que tan sólo se trata de una manifestación de éste*⁹².

Por otro lado, tampoco esa segunda parte del párrafo primero del artículo 224 del Código Penal Federal "es el derecho de defensa del inculpado", por muy concreto que se quiera, ya que en este apartado del precepto el legislador ordinario penal federal plasmó su interpretación respecto a qué entendió como enriquecimiento ilícito y quiso sancionar como tal; así, lo que el referido Tribunal ve como reglas procesales (particularmente relativas a la prueba), en verdad viene a configurar la forma en que, *sin conceder*, el pretendido tipo penal (que para mí no existe) en la concepción del Congreso Federal estaría constituido, siendo ello como un "no poder acreditar" el legal incremento patrimonial o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o respecto de los cuales se conduzca como dueños.

Lo anterior es así, pues de aceptarse que el Código Penal Federal prevé el tipo penal de enriquecimiento ilícito (*lo que para mí no es así según se ha visto*), de la simple lectura del primer párrafo en su segunda parte del artículo 224 del mencionado ordenamiento punitivo se podría extraer que es lo que el Congreso de la Unión "entendió,

Instancia: Pleno, t. XVI, agosto de 2002, Tesis P. XXXVIII/2002, sostenga que la carga de la prueba es del Ministerio Público; reconozca libertad de prueba en la actuación del inculpado y que le favorece la presunción de inocencia, por lo que, a mi entender, se asoma una contradicción entre estas tres tesis y la que es objeto de análisis.

⁹² Vid. CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La*

influencia de la normatividad supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, ps. 103 a 120. *In extenso* sobre el derecho a la defensa penal, vid. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, 3ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, particularmente en sus ps. 77 y ss. En México, el artículo 20 constitucional en su apartado "A" recoge los derechos del inculpado, que son la expresión viva del derecho de defensa y que, como es evidente, no se restringen simplemente a la prueba.

interpreto, considero, estimo" que es precisamente el enriquecimiento ilícito, pues para ello basta simplemente con leer el texto del precepto enunciado para encontrarse en el mismo plasmada esa "interpretación auténtica"⁹³ que al respecto brindó el referido legislador al establecer que: *Existe enriquecimiento ilícito cuando, o, lo que es lo mismo, hay enriquecimiento ilícito cuando, o también: se está en presencia del enriquecimiento ilícito cuando, o, es 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.

Del texto transcrito se impone un análisis gramatical, pues como refiere Morillas Cueva⁹⁴, al expresarse la proposición normativa en palabras, el análisis del lenguaje dirigido a descubrir el significado de los contenidos de las normas debe arrojar, en principio, luz sobre el sentido de ellas.

Así, se tiene que cuando el precepto en cita refiere a *cuando existe* el enriquecimiento ilícito, habrá que determinar primero el sentido de lo que es *existir* y de lo que es *cuando*, para comprender a qué se quiso referir el legislador. De esta manera, se tiene que, acorde con el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 21ª ed., España, 1992, p. 658), *Existir* es (Del lat. *existere*): intr. Tener una cosa ser real y verdadero. 2. Tener vida. 3. Haber, estar, hallarse; mientras que la referencia a *cuando* (mismo *Diccionario*, p. 428), refiere (Del lat. *quando*): conj. t. En el tiempo, en el punto, en la ocasión en que. De ello se tiene que lo que existe es lo que es real y verdadero, lo

⁹³ VID. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 72, quien sobre la interpretación auténtica refiere que *es la que hace el propio órgano legislativo bien en el texto legal donde se encuentra la norma a interpretar, ya sea en el mismo o en otro precepto, ya lo sea de manera más general en la Exposición de Motivos, o bien en leyes posteriores.* En el caso particular tal interpretación la formuló el Congreso Federal en la segunda parte del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal tras señalar cuando es que para el mismo "existe" enriquecimiento ilícito.

⁹⁴ Ob. cit.

que hay, y la referencia a cuando se formula con relación al tiempo, esto quiere decir que para el legislador aludido es o hay enriquecimiento ilícito al tiempo en que el servidor público no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, la procedencia de los bienes a su nombre o respecto de los que se conduzca como dueño, conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, debiéndose agregar, claro está, en qué casos y circunstancias, algo que precisamente el legislador ordinario no previó.

La interpretación del texto referido autoriza sea efectuada en un contexto meramente gramatical, conduciendo ello al auténtico sentido que quiso imprimirle el legislador, para quien el enriquecimiento ilícito se conceptualizó tan sólo como un "no poder acreditar" el incremento sustancial del patrimonio o aumento de bienes en los referidos términos, cuya procedencia lícita no pudiese ser probada aun y cuando para ello se remitiera a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; de ahí que se tenga que este apartado del precepto sustantivo en comento no sea una regla procesal relativa a la prueba para un pretendido delito del que el Tribunal Pleno, sin acierto, supone su existencia en la diversa parte primera del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal al partir de considerar que el Constituyente Permanente creó el tipo penal de enriquecimiento ilícito en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Carta Magna que de manera esencial se recogió en aquél⁹⁵, y esto es así, pues por un lado, esa segunda parte del primer párrafo del mencionado precepto para el Congreso Federal conforma, sin conceder, lo que este cuerpo legislativo consideró como enriquecimiento ilícito⁹⁶; por el otro, porque aquí no existe tampoco un tipo penal, no sólo en razón a que la segunda parte del primer párrafo del referido artículo 224 es, a la vez, inserción esencial de la norma programática, incompleta, marco o base que es el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional, "luego no es tipo penal", sino porque tampoco se ve en ella colmada la exigencia

⁹⁵ Vid. supra.

⁹⁶ Como se ha visto, aquí se vierte la interpretación auténtica del legislador penal federal para quien existe, o lo que es igual, hay o es enriquecimiento ilícito ese "no poder acreditar" que refiere. Sin embargo, como sostengo, tampoco existe en este apartado ningún tipo penal.

constitucional de prever en ley los *casos y circunstancias* en que, de acuerdo al marco acotado por el Constituyente Permanente, sería tenido como punible el enriquecimiento ilícito, además de que ese "no poder acreditar", al no poder ser pasado como una conducta en sentido penal (al caso, de omisión)⁹⁷, a mayor abundamiento, por nada puede ser considerado como un tipo penal.

Se tiene entonces que, *a contrario sensu*, para el Congreso de la Unión en el artículo 224 del Código Penal Federal "*no existe*" enriquecimiento ilícito cuando, o, lo que es lo mismo, "*no hay*" enriquecimiento ilícito cuando, o también: "*no se está*" en presencia del enriquecimiento ilícito cuando, o, "*no es*" enriquecimiento ilícito cuando:

Se haya incurrido en un aumento ilegal del patrimonio, adquirido bienes o se conduzca respecto de los mismos como dueño.

Y esto es así, pues el legislador ordinario penal lo que sanciona es "no poder acreditar" y no los *casos y las circunstancias* en que, de haberse previsto, se tendría como enriquecimiento ilícito el incremento sustancial del patrimonio, la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño. En contra de mi posición se manifiestan Díaz Aranda⁹⁸, quien sostiene que en la parte segunda

⁹⁷ Sobre la omisión vid., por todos, WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte general*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, ps. 237 y ss.; quien señala que desde un punto de vista ontológico, la omisión

no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Ambas se comportan en el sentido como A y no A; si bien la omisión se refiere necesariamente a una acción, pues no existe omisión "en sí", sino sólo la omisión de una acción determinada, entonces la omisión no es un concepto negativo, sino limitativo: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Resulta evidente que el "no poder acreditar" no es una conducta de omisión en sentido penal, sino la manifestación clara de una inversión de la carga de la prueba en detrimento del inculpaado.

⁹⁸ *Enriquecimiento ilícito...* cit., p. 119, quien ve aquí una *condición objetiva de punibilidad* y sostiene que quien susiente la conducta penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 224 del Código Penal Federal como "la omisión de acreditar", estará de fondo sustentando la existencia de un tipo penal que tenderá como fin cubrir la ineficiencia de los órganos judiciales encargados de establecer y

del párrafo primero del artículo 224 del Código Penal Federal lo que existe es una condición objetiva de punibilidad, y Cárdenas Riosco⁹⁹, que estima que aquí existe una desobediencia de carácter administrativo; consideraciones que no comparto, pues como he manifestado, lo que en este apartado de la norma comentada existe es la interpretación auténtica del legislador penal federal en la que se plasma qué es lo que para el mismo constituye el enriquecimiento ilícito, sin que por ello acepte, como vengo reiterando, que exista aquí tampoco un tipo penal.

El "no poder acreditar" que se contempla en la norma que se analiza es la representación clara de la exigencia de una inversión de la carga de la prueba en detrimento del inculpa¹⁰⁰. Piénsese, por ejemplo, en el

demonstrar cuáles son las conductas ilícitas en que incurren los servidores públicos para enriquecerse (*cursivas añadidas*). Para mí ni siquiera existe tipo penal en el artículo 224; luego, ninguna condición objetiva de punibilidad puede ser invocada al caso. Sin embargo, si se pretende sustentar que exista tipo penal de enriquecimiento ilícito, siendo el caso que el legislador ha plasmado en el segundo párrafo del referido precepto que es lo que para él constituye el mismo, al precisar que "éste existe cuando" ocurra ese "no poder acreditar" que alude, ha de estarse a esta interpretación del legislador, muy a pesar de que ello no sea por nada deseable; no obstante conviene destacar que ese "no poder acreditar" que tanto molestia es incluso exigido por el Poder Constituyente Permanente a los legisladores ordinarios en la creación de los tipos penales de enriquecimiento ilícito, aunque, desde luego, no lo es en la forma en que la refirió el Congreso de la Unión en el artículo 224 mencionado, acotando la prueba con remisión a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

⁹⁹ *Enriquecimiento ilícito...*, cit., p. 176. Además para este autor existe una Ley Penal en Blanco que deriva de la remisión que se hace a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Para mí, al no aceptar siquiera la existencia de un tipo penal, no cobra importancia discutir acerca de si existe aquí o no un tipo penal en blanco, o si es un tipo abierto, etc., y es que, como sostengo, simplemente es que no existe en el artículo 224 del Código Penal Federal un tipo penal.

¹⁰⁰ Vid. arts. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Tesis LXXVII/1999 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro es: Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, p. 46, 9ª Época, Instancia: Pleno. En este sentido la doctrina mexicana, salvo la del Tribunal Pleno que no ve aquí violación a ese derecho fundamental, es coincidente en así

servidor público que en su gestión ha participado en un cohecho en cuyo origen se encuentra el incremento patrimonial que se le estima como enriquecimiento ilícito; o bien, que en su relación privada de tipo contractual, no obstante ser servidor público, ha visto incrementado su patrimonio con motivo de un fraude a particulares. En cualquier caso, exigirle acreditar la legalidad de esos recursos es conminarlo a manifestarse sobre los delitos cometidos violentando en su detrimento el principio que reza *nemo tenetur se ipsum accusare*¹⁰¹, que recoge la Constitución Política de los mexicanos en su artículo 20, apartado "A", fracción II¹⁰². Por si no bastara, el inculpado que no declara por asistirle a ello derecho ni produce prueba alguna, pues tampoco a tal extremo se obliga como expresión máxima del derecho fundamental anotado¹⁰³, tras acogerse al mismo sufriría un atentado a ese derecho fundamental, pues el "no poder acreditar" que se sanciona en el precepto aludido le vendría aplicable. Es de tal magnitud la violación a la Carta Magna en que se incurre con una disposición como la que se analiza

denunciarlo. Sostienen la misma posición BUNSTER BRISEÑO, ob. cit., ps. 26 y ss.; CÁRDENAS RÍOSEC, *Enriquecimiento ilícito...* cit., ps. 119 y ss., y DÍAZ ARANDA, *Enriquecimiento ilícito...* cit., p. 119.

¹⁰¹ En este sentido ESTRADA, José M., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., A. Martínez, Buenos Aires, 1927, t. I, p. 153, cit. por MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino*, t. 1, vol. B, *Fundamentos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 434, sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza (*curtisa en texto original, paréntesis y escritura en el mismo agregada*). Ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

¹⁰² Dicho precepto en su parte correspondiente establece: II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. En mi opinión la garantía aquí consagrada no se limita únicamente a no poder ser obligado a verter declaración, sino a no proporcionar elemento de prueba alguno que pudiera perjudicarle al inculpado. Vid. MAIER, ob. cit., quien en la misma línea de pensamiento con respecto a que no es posible obligar al imputado a brindar información sobre lo que conoce señala que ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¹⁰³ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Comares, Granada, 1995, p. 221, quien en esta línea señala que el imputado no tiene que colaborar con la justicia. Esta obligación sería contra natura y absolutamente rechazable para un Derecho Procesal Penal... en función de los principios constitucionales, que son profundamente humanos, en que se basa (*puntos suspensivos añadidos*).

que, incluso, como acertadamente refiere Bunker¹⁰⁴, de no llegarse a acreditar el incremento de un patrimonio "lícito", si se sostiene la existencia de un tipo penal, se configuraría el delito en cuestión¹⁰⁵. Además, se cae en el extremo de considerar hasta que el órgano investigador que cita a declarar al inculpa por este delito, e incluso el juzgador penal, tendrían que hacerle saber la garantía individual que le asiste de no declarar y que, como sostengo, le alcanza, incluso, hasta el derecho de no producir prueba alguna; no obstante tal parece que ello se convertiría aquí en lo contrario, pues exigiéndose "acreditación" pero respetando ese derecho fundamental estaríamos en presencia de algo como una intimidación, ya que no declarar llevaría a ese inculpa en mucho a no poder acreditar o justificar la procedencia lícita de su patrimonio o de los bienes a su nombre o respecto de los cuales se conduzca como dueño, por lo que, precisamente por acogerse a esa garantía, se caería, valga la expresión—prácticamente—, en el no poder acreditar que exige el aludido numeral.

IV. Conclusiones

- 1) Las resoluciones judiciales deben ser, sin excepción, representativas de un compromiso claro del Poder Judicial de respeto al texto constitucional. La falta de adhesión al mismo lleva a tenerlas como carentes de confiabilidad judicial¹⁰⁶. En el caso de la tesis del Tribunal Pleno motivo de análisis, a mi entender, nos encontramos en este supuesto.
- 2) El artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional, es una norma programática, incompleta, marco o base que recogió los principios que se enarbolaron en la campaña del ex presidente Miguel

¹⁰⁴ BUNSTER, ob. cit., quien comparte esta opinión al señalar que esta exigencia se sustituye aquí por una presunción que pone sobre el reo el *onus probandi* y que, en razón de ello, puede llegar a hacerle víctima de graves injusticias. Tal sería el caso de quien se viera forzado, por respetables razones morales, a no revelar la transferencia de sus bienes con que lo ha favorecido, en vísperas de morir, la persona a quien lo ha unido una larga y profunda relación sentimental que el beneficiado ha prometido solemnemente y absolutamente mantener oculta para siempre (*cursivas en texto original*).

¹⁰⁵ Ob. cit., ps. 26 y ss.

¹⁰⁶ Siguiendo la expresión empleada por GARZÓN VALDÉZ, ob. cit., p. 31.

de la Madrid Hurtado respecto de la necesidad de combatir la corrupción en el servicio público que ofrece a los legisladores penales ordinarios del país un marco a considerar para legislar en el ámbito de sus competencias creando el tipo penal de enriquecimiento ilícito. De ahí que el Constituyente Permanente en dicho precepto emitiera un mandato a los mismos acotando esa materia a legislar en qué casos y circunstancias el *aumento sustancial del patrimonio, la adquisición de bienes o la conducción respecto de los mismos como dueño, así como el no poder justificar su lícita procedencia*, deberían ser considerados como delito de enriquecimiento ilícito, lo que implica que la generación de los tipos penales de enriquecimiento ilícito quedó en manos de los legisladores ordinarios del país.

3) No asiste razón al Tribunal Pleno al sostener que el Constituyente Permanente previó en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero de la Carta Magna el tipo penal de enriquecimiento ilícito. Este precepto no contiene sino una norma programática, incompleta, marco o base a seguir por los legisladores ordinarios para generar los correspondientes tipos penales de enriquecimiento ilícito en el ámbito de sus respectivas competencias, lo que a la fecha no ha ocurrido, ya que ninguno de los que se han pronunciado al respecto ha previsto en los respectivos preceptos los casos *ni las circunstancias* que exigió el Constituyente Permanente para crear dichos tipos penales.

4) El referido mandato constitucional no se traduce en que los legisladores ordinarios y, en ellos, el Congreso de la Unión, llevaran a cabo una copia o traslado de los elementos esenciales del artículo 109, fracción III, párrafo tercero de la Carta Magna a sus preceptos ordinarios, pues de esta manera no se da cumplimiento al mismo. La transcripción de parte esencial del contenido del mencionado artículo constitucional por el Congreso de la Unión en el diverso 224 del Código Penal Federal se traduce en insertar a este nivel la norma programática, incompleta, marco o base que configura aquel precepto de la Carta Magna, lo que no constituye un tipo penal.

5) A mayor abundamiento, el artículo 224 del Código Penal Federal, como copia esencial del referido numeral garante, no previó los casos *ni las circunstancias* en los cuales el enriquecimiento ilícito, según el marco adoptado por el Constituyente Permanente, debería ser sancio-

nado por vía penal. Esto de nueva cuenta corrobora que el contenido de dicho precepto no es sino la inserción en el mismo del contenido esencial del artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional; luego, en aquel ningún tipo penal se contiene.

6) En ningún apartado del artículo 224 del Código Penal Federal se prevé la conducta constitutiva del delito de enriquecimiento ilícito. El Constituyente Permanente al no querer sancionar penalmente como tal cualquier comportamiento, sino sólo los *casos y las circunstancias* en que de manera sustancial se incrementara el patrimonio, se adquirieran bienes o existiera respecto de ellos una conducción como dueño, dejó en manos de los legisladores ordinarios su previsión en ley, lo cual habría conducido a la configuración de los respectivos tipos penales; sin embargo, esos *casos y circunstancias* no se previeron y con ello tampoco se acotó el comportamiento prohibido ni las circunstancias en que el mismo así debía ser considerado; de esta manera no se puede sostener que exista conducta prohibida alguna en el artículo 224 del Código Penal Federal y menos que ésta lo fuere el enriquecimiento ilícito mismo, como un muerto no es el homicidio. No obstante, como sostengo, ni siquiera existe tipo penal en este precepto.

7) La parte segunda del primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal no contiene ninguna regla procesal, menos relativa a la prueba, como sostiene el Tribunal Pleno. Se contiene aquí la interpretación auténtica del legislador ordinario respecto a lo que comprendió como enriquecimiento ilícito, sin embargo, su configuración como un *no poder acreditar* no conforma una conducta de omisión en sentido penal, sino que es representación clara de una inversión de la carga de la prueba al poner sobre el inculpaado el *onus probandi*. Resulta evidente que, pese a que el legislador ordinario plasmó aquí lo que consideró configuraba a su entender el tipo penal de enriquecimiento ilícito, este apartado del precepto aludido no contiene un tipo penal, no sólo por no ajustarse al texto constitucional al no prever esos *casos y circunstancias* exigidos a ese nivel para su configuración, sino en razón de que su previsión en el sentido expuesto no constituye un tipo penal.

8) Dado que el artículo 224 del Código Penal Federal no contiene ningún tipo penal, resulta estéril centrar la discusión respecto a si dicho precepto prevé o no la conducta prohibida; o bien, si se está en presencia

de un tipo abierto o cerrado, o si de un tipo penal en blanco, y aún más, si la parte segunda del precepto es una condición objetiva de punibilidad o si se trata de reglas procesales relativas a la prueba. Lo que aquí existe es una ausencia de tipo penal en violación clara de la garantía de legalidad penal que recoge el artículo 14 constitucional.

9) La garantía de vigencia de los principios constitucionales se ve fracturada en la tesis del Tribunal Pleno, pues si su garante, por definición, como es el Poder Judicial, a pesar de no existir tipo penal alguno en el artículo 224 del Código Penal Federal, pasó por alto que el legislador en dicho precepto no generó ningún tipo penal, luego dicha tesis es un criterio que no se adhiere a la Constitución Política en tanto que no sólo sustenta su argumentación en un tipo penal inexistente a nivel de la propia Carta Magna, sino que del mismo extrae la generación de otro a nivel secundario que tampoco existe.

10) La tesis del Tribunal Pleno motivo de este análisis debe ser modificada, al ser producto de un alejamiento del texto constitucional. En ella se sienta un grave precedente en cuanto a la desacertada interpretación constitucional que lleva a cabo del artículo 109, fracción III, párrafo tercero de la Constitución Política, ya que la consideración que lleva a cabo en ella en el sentido de que el Poder Reformador de la Constitución previó aquí el tipo penal de enriquecimiento ilícito es equivocada, siendo consecuencia grave de sustentar tal criterio la impunidad misma.

11) El artículo 224 del Código Penal Federal debe ser reformado para generar el correspondiente tipo penal de enriquecimiento ilícito acorde con el mandato del Constituyente Permanente contenido en el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, constitucional, sin dejar de atender el principio de taxatividad.

V. Bibliografía

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, *Modelo constitucional de Estado y realidad política*, en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; FERRAJOLI, Luigi; APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; SENESE, Salvatore; GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; ZANCHETTA, Pier Luigi; TURONE, Giuliano; AUGER LINAN, Clemente; TARUFFO, Michele y PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

- ARTEAGA NAVA, Elizur, *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, Harla-México, Colección Juristas Latinoamericanos, México, 1998.
- *Tratado de Derecho Constitucional*, Oxford University Press México, México, 1999, vol. 3.
- BUNSTER BRISEÑO, Alvaro, *La responsabilidad penal del servidor público*, en BUNSTER, Alvaro; BARRAGÁN, José; FIX-ZAMUDIO, Héctor; GONZÁLEZ, Manuel; OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús y SOBERRA-NES FERNÁNDEZ, José Luis, *Las responsabilidades de los servidores públicos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, No 88, Porrúa, México, 1984.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *El juez ordinario predeterminado por ley*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1990.
- CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- CÁRDENAS RÍOSECO, Raúl F., *Enriquecimiento ilícito. Inconstitucionalidad del artículo 224 del Código Penal Federal. Problemática que plantea la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en la aplicación de este ilícito*, Porrúa, México, 2001.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CURY, Enrique, *La Ley Penal en Blanco*, Temis, Bogotá, 1988.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No 6, Porrúa, México, 2003.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, 1ª ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1999.
- ESTRADA, José M., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., A. Martínez, Buenos Aires, 1927, t. I.

- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 43ª ed., Porrúa, México, 1992.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y Comparado*, Porrúa, México, 1999.
- HESSE, Conrado, *Constitución y Derecho Constitucional*, en BENDA, MAIHOFFER, VOGUEL, HESSE y HAYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Prolegómeno y trad. de Antonio López Piña, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino*, t. 1, vol. B, *Fundamentos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, dirigida por M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, Nº 3, 2ª ed., reimp., Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- RUIZ VADILLO, Enrique, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Comares, Granada, 1995.
- VELAZQUEZ V., Fernando, *Los principios y garantías penales en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal mexicano de 2002*, en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y CARDENAS, Rodolfo Félix (coords.), *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, Ius Penale, México, 2003.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, 3ª ed., actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- VON BELING, Ernst, *La doctrina del delito tipo*, en *Esquema del Derecho Penal y la doctrina del delito tipo*, trad. del alemán por el Dr. Sebastián Soler, edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Anales de Jurisprudencia*, 6ª Época, 2ª Etapa, Colección Doctrina, México, 2003.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte general*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trad. del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Código Penal Federal.

Código de la Defensa Social del Estado de Puebla.

Código Penal de Baja California Sur.

Código Penal del Estado de Campeche.

Código Penal del Estado de Chiapas.

Código Penal del Estado de Chihuahua.

Código Penal del Estado de Coahuila.

Código Penal del Estado de Colima.

Código Penal del Estado de Durango.

Código Penal del Estado de Guerrero.

Código Penal del Estado de Jalisco.

Código Penal del Estado de Michoacán.

Código Penal del Estado de Morelos.

Código Penal del Estado de Nayarit.

Código Penal del Estado de Oaxaca.

Código Penal del Estado de Querétaro.

Código Penal del Estado de Quintana Roo.

Código Penal del Estado de Sinaloa.

Código Penal del Estado de Sonora.

Código Penal del Estado de Tabasco.

Código Penal del Estado de Tamaulipas.

Código Penal del Estado de Veracruz.

Código Penal del Estado de Yucatán.

Código Penal del Estado de Zacatecas.

Código Penal Federal.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Otros

Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, 21ª ed., España, 1992).

Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, t. X, noviembre de 1999.

Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002.

COHECHO, EXACCIONES ILEGALES Y CONCUSIÓN

Casos cuya subsunción legal genera
inconvenientes. El delito de concusión
como delito independiente

por ROXANA PINA

SUMARIO: I. Introducción. II. La comparación. 1. Antecedentes. 2. Antecedentes legis-
lativos nacionales. 3. Bien jurídico tutelado. 4. Cuestión preliminar. III. Distintas
posturas. IV. La síntesis final.

I. Introducción

Vulgarmente suele sostenerse, con notable simplicidad, repitiendo casi textualmente la letra de la ley, que el *cohecho pasivo* tiene lugar cuando un *funcionario público* por sí o por persona interpuesta recibe dinero o cualquier otra *dádiva* o *acepta una promesa directa o indirecta*, para *hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones*. En tanto que el *cohecho activo* se da cuando alguien diere u ofreciere *dádivas* en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis del Código Penal.

A su vez, se nos explicó, con idéntico sistema de interpretación, que las exacciones ilegales se dan cuando el *funcionario público*, *abusando de su cargo*, *solicita, exige, hiciere pagar o entregar indebidamente para la administración pública, por sí o por persona interpuesta una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos*

que los que corresponden. En tanto que el delito de *concusión* constituiría una de las formas agravadas del delito de exacciones. Sin embargo, muchas son las cuestiones que se suscitan alrededor de la interpretación de estos tipos penales y a ello me abocaré a continuación.

II. La comparación

1. Antecedentes

En el Derecho Romano no se diferenciaba conceptualmente a estos delitos, pues bajo el nombre genérico del *crimen repetundarum* se comprendía no solamente a la conducta que actualmente denominamos *concusión*, sino que se incluía también una serie de hechos de corrupción propiamente dicha, como lo es por excelencia el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia.

En el Derecho imperial se distinguía bajo el nombre específico de *concusión* una forma independiente de la extorsión indebida de dinero, caracterizada por la calidad de funcionario público de su autor. El empleo de esa denominación se fue circunscribiendo para calificar exclusivamente la acción de los funcionarios públicos que se sirven del temor suscitado por la autoridad como un medio para obtener de los particulares exacciones indebidas, en contraposición con la corrupción en cuya figura la intimidación típica de la extorsión le dejaba paso a un acuerdo entre el funcionario público y el particular corruptor. Así la figura de la *concusión* se fue distinguiendo del cohecho¹.

En el Derecho moderno, particularmente en los ordenamientos legales que se fueron sancionando en el siglo XIX, la *concusión* se fue distinguiendo del cohecho. Sin embargo, en muchos casos la distinción no fue plena. Algunas leyes la confundieron con la exacción ilegal, exigiendo ánimo fiscalista excesivo, típico de ésta. Otras no la contemplaron expresamente, salvo como forma específica—*concusión* por conversión—.

¹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tipografía Argentina, Buenos Aires, 1983, t. V, ps. 194/195; RIMONDI, Jorge Luis, *La tipificación de la concusión en el artículo 266, CP*, en L. L. 1999-D-294.

Siguiendo a Rimondi², cabe decir que los plexos de Toscana e Italia tipificaron adecuadamente la figura de la concusión con todos sus elementos específicos: atentado a la libertad más uso abusivo de la autoridad. Es decir, el atentado a la libertad como medio, valiéndose para ello de un uso abusivo de la autoridad, y el beneficio patrimonial, particular e indebido como fin.

2. *Antecedentes legislativos nacionales*

Respecto de los antecedentes nacionales, el Proyecto Tejedor trató en título aparte, dentro de los delitos peculiares a los empleados públicos, las exacciones ilegales, y como una forma calificada de éstas, la concusión por conversión sin contemplar la concusión como figura autónoma. Con distintas redacciones y terminologías, la línea adoptada por Tejedor llega a nuestros días.

Por otra parte, en ese proyecto el cohecho castigaba a todo empleado en el orden administrativo o judicial, agente o encargado de cualquier ramo de la administración pública que recibiese dinero o cualquier otra dádiva o aceptase una promesa directa o indirecta para hacer cualquier cosa. En tanto que las exacciones castigaban al empleado público que arbitrariamente exigiera una contribución o cometiera otras exacciones, aunque fuera para el servicio público. Si la exacción se verificase empleando fuerza, además sufría destrucción. Si el empleado convirtiere en provecho propio las exacciones sufría las penas impuestas a las sustracciones de caudales públicos³.

Los Proyectos de 1881 y 1891 no significaron para los antecedentes legislativos nacionales grandes cambios⁴.

Distinto es el caso del Proyecto de 1906 en cuanto a la regulación de las exacciones ilegales y del delito de concusión. En tres artículos bien diferenciados reprimía las siguientes conductas:

— *Art. 285*: será reprimido el funcionario público que exigiere una contribución ilegal, o abusando de su cargo reclamar o recibiere dinero u otros valores.

² RIMONDI, *La tipificación de la concusión...* cit., p. 295.

³ Arts. 420 y 421 del Proyecto Tejedor.

⁴ Ver DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 334.

- Art. 286: castigaba al funcionario público que convirtiere en provecho propio o de terceros las exacciones expresadas en el artículo anterior.

- Art. 287: castigaba al funcionario público que exigiere por sí o por persona interpuesta derechos o propinas por lo que deba practicar gratuitamente, en virtud de su oficio, o cobrare mayores derechos de los que le corresponde.

El Proyecto de Moreno de 1917 mantuvo el texto de esos tres artículos modificando sólo la numeración (arts. 266, 267 y 268). Por su parte, el Código de 1921 modificó aquel esquema de tres artículos repartiendo las conductas descriptas en tan sólo dos, agregando en el texto del 266 el término "dádiva".

Quien mejor ha explicado esa transformación es Aguirre Obarrío:⁵ "salvo diferencias en cuanto a la pena, tanto el proyecto como la Cámara de Diputados por dos veces, y el Senado la primera, votaron los tres artículos del proyecto de 1906, que eran bastante diferentes, el primero se refería al funcionario que exigiere una contribución ilegal o, abusando de su cargo, reclamarle dinero u otros valores [...] el segundo castigaba la exacción tal como lo hemos visto en el artículo anterior, mente transcripito [...] la segunda vez que revisó el proyecto el Senado, dejó solamente dos artículos: en el 266 se incluyó la palabra dádiva para comprender la hipótesis del 268 (derechos y propinas) y, como segundo párrafo, las agravantes. El artículo 267 quedó tal cual venía: se refería a la conversión de exacciones en provecho del funcionario. La tercera vez que llegó a la Cámara de Diputados, es decir, la segunda y definitiva revisión, aceptó los textos del Senado pero, para no alterar la numeración, colocó el segundo párrafo del artículo 266 bajo el número 267, y corrió el siguiente al número 268, que es la situación actual".

En lo que respecta a los antecedentes del delito de cohecho activo y pasivo, no es mi intención aburrir al lector con un interminable relato de antecedentes legislativos, razón por la cual omitiré detenidamente en este punto, dado que la evolución de la regulación de estos delitos

⁵ MOLINARIO Y AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1999, p. 363, cit. por DONNA, ob. cit., t. III, ps. 335/336.

no ha sufrido modificaciones trascendentales: el *cohecho pasivo* siempre se construyó sobre la base de la *recepción-aceptación*, en tanto que el *cohecho activo* sobre la base de *dar-ofrecer*.

3. Bien jurídico tutelado

Mediante el delito de cohecho se protege el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Sin perjuicio de ello, el catálogo de comportamientos ilícitos previstos pone en evidencia la problemática de la venalidad de los funcionarios públicos sin tener en cuenta la licitud o ilicitud del acto en sí mismo. En tal sentido puede sostenerse con plena seguridad que este delito implica un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios, es decir que el bien jurídicamente protegido es siempre la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública, por ello también se castiga al particular que con su ofrecimiento anime o incite a la venalidad del funcionario, en otros términos, que intenta corromperlo⁶. La venalidad del funcionario deteriora al propio Estado de Derecho, poniendo en peligro su funcionamiento. De esta forma, siguiendo a Donna⁷, se protege el normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado.

En lo que hace al delito de exacciones ilegales, todos los autores coinciden en que el bien jurídico tutelado es el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. No obstante ello, no faltan autores que consideren que además se protege el patrimonio del particular (víctima de la indebida exigencia), agregando que en la *concusión* se trataría de un verdadero delito de extorsión, pero por el medio empleado y la calidad del sujeto activo (funcionario público) adquiriría características que obligaban a diferenciarla de la extorsión⁸.

Núñez⁹ entiende que en el delito de exacciones ilegales el bien

⁶ Cfr. DONNA, ob. cit., t. III, p. 212.

⁷ DONNA, ob. cit., t. III, p. 211.

⁸ Cfr. DONNA, ob. cit., t. III, p. 212.

⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, t. V, p. 133.

jurídico protegido es la administración pública y la propiedad del sujeto pasivo, pero el sistema distributivo de la Parte especial del Código Penal ha tomado en consideración únicamente la primera ofensa a los efectos de la ubicación del delito. Esa ofensa consiste en la violación, en beneficio de la administración o de sus funcionarios, de los deberes de probidad que son inherentes al ejercicio de los cargos públicos.

En síntesis, se trata de dos delitos en los que hay un abuso funcional de la autoridad que le fue conferida al funcionario y el fin perseguido es la codicia.

En cualquiera de ambos casos hay lesión al bien jurídico administrativo-pública, pero sólo en la concusión también hay lesión al patrimonio del particular. En el cohecho, el particular consiente su disposición a sabiendas y libremente, y por ello no hay violación al derecho de propiedad. Por eso la concusión, como hay dos bienes jurídicos lesionados, siempre se consideró más grave que el cohecho¹⁰.

Sintéticamente se podría enunciar que en el cohecho el acto de dar dinero por parte del particular es espontáneo, mientras que en la concusión es a causa del miedo, respeto y temor del poder público. En un caso el particular obra con voluntad plena y en el otro con voluntad viciada.

4. *Cuestión preliminar*

El hecho, sin embargo, aunque en apariencia sencillo, parece difícil de distinguir en la práctica en aquellos supuestos en los que no puede discriminarse con claridad si el particular es un delincuente que merece ser castigado o es la víctima del funcionario que abusando de su situación preferencial (temor que genera su poder) no exige pero, con gran habilidad, da a entender que recibiría complacido.

Siguiendo a De Luca¹¹ coincide con que no es posible entender cabalmente el cohecho pasivo si no se tiene en cuenta la posición adoptada respecto de la concusión.

En efecto, las posibilidades se reducen a los siguientes casos:

— Que cuando el funcionario inicia las tratativas para lograr un

¹⁰ DE LUCA, Javier, *Cohecho y concusión*, en L. L. 1999-D-333.

¹¹ DE LUCA, ob. cit., p. 335.

acuerdo con el particular nos encontraremos frente a un caso de concusión, exacción o extorsión, pero nunca de cohecho pasivo; — que la situación resulta atípica, porque el cohecho pasivo no prevé esa situación de hecho y porque tampoco está prevista la concusión clásica;

— que el cohecho pasivo admite mayor o menor actividad del funcionario dirigida a lograr la oferta del particular; no se trata de un caso de concusión y, por ello, resulta indiferente que ella esté o no legislada en nuestro Código Penal.

III. Distintas posturas

De acuerdo al origen del término¹², por concusión debe entenderse el delito de todos aquellos que utilizan violencia con la finalidad de arrancarle dinero a la víctima. De esa forma, el significado de concusión¹³ reduce la idea del temor provocado exclusivamente al que es infundido mediante el poder público. Así, la concusión constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros por miedo al poder público. Frente a esta definición, si el lucro indebido se obtiene mediante el uso de la fuerza privada ya no hay delito contra la justicia pública, sino que entrarían en juego delitos como la extorsión o el hurto violento (delitos contra la propiedad). Aunque el objeto final de la conducta es el mismo —el despojo del patrimonio ajeno mediante el temor—, lo cierto es que cuando el temor tiene su raíz en la fuerza pública y no en la privada se encuentra en el medio empleado el dato distintivo, lo que hace convertir al delito en un delito social¹⁴.

Carrara¹⁵ distinguía entre *concusión propia* y *concusión impropia*. Es *propia* cuando la autoridad con cuyo uso se amenaza es verdadera,

¹² La etimología de la palabra concusión proviene del latín *conculcare*, es decir, sacudir el árbol para hacer caer los frutos. Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1977, vol. V, t. VII, § 2566.

¹³ Según esa posición, ampliamente aceptada por el Derecho Romano y por la práctica italiana.

¹⁴ CARRARA, ob. cit., vol. V, t. VII, § 2567.

¹⁵ CARRARA, ob. cit., vol. V, t. VII, § 2571/72.

y es *impropia* cuando la autoridad con que se amenaza fue simulada por un particular con el fin de infundir temor de un poder público. A su vez, en la *concusión propia* distingue entre la *explicita* y la *implicita*. Se da la primera cuando el verdadero oficial realiza sobre un particular una extorsión de dinero de modo manifiesto, amenazando que si no le entrega el dinero abusará de su poder. En tanto que la *implicita* tiene lugar cuando el oficial le hace creer al particular que está debiéndole una suma de dinero que no se le debe, como cuando un recaudador aumenta las sumas debidas en los cobros de impuestos. En ambos casos hay abuso de autoridad con fines de lucro; en un caso el abuso es manifiesto y en el otro es oculto (en un caso la conducta se asemeja a una extorsión y en el otro a una estafa). En los dos supuestos el particular paga injustamente por miedo al poder público. En un caso por *temor* y en otro por *error*, pero en ambos el particular queda inmune de responsabilidad penal (sujeto pasivo), a diferencia del corruptor (cohecho), que es copartícipe¹⁶ del delito.

Frente a tan claras definiciones, sin embargo, Carrara¹⁷ ya dejaba planteado el problema motivo del presente trabajo: *no es fácil en la práctica distinguir entre concusión y corrupción*. Si bien es claro el límite que divide a estos delitos, es difuso e indefinible el aspecto de las condiciones. Mientras se configure el caso simple y obvio todo parece sencillo, pero no siempre el funcionario público se dirige directamente al particular para exigirle la entrega de dinero bajo amenaza de sufrir un mal. En muchos casos, tal vez los más numerosos, el funcionario venal no pide, sino que da a entender que recibirla; no amenaza, pero hace que se tema su poder, aun sin decir palabra. En esos supuestos el particular no es el autor del pensamiento criminoso. ¿Será un corruptor que merezca ser castigado o, más bien, una víctima infeliz de la maldad ajena? Este es justamente el punto que parece delicadísimo y difícil de decidir¹⁸.

¹⁶ No existía el cohecho pasivo y activo como en nuestro Derecho actual, sólo existía el cohecho pasivo, transformándose el particular en un copartícipe. Recuérdese que Carrara ni siquiera acepta que el particular sea coautor del delito. Ver CARRARA, ob. cit., vol. V, t. VII, § 2559.

¹⁷ CARRARA, ob. cit., vol. V, t. VII, § 2574.

¹⁸ Si en otros delitos puede carecer de gran importancia la distinción entre seductor

Desde siempre existieron algunos intentos para encontrar pautas más o menos claras que permitan ayudar a diferenciar los casos de concusión de los de corrupción. Así Carrara nos informa acerca de la utilización de los antecedentes del oficial público: en ese sentido, si el particular acusado de corrupción demuestra que el oficial a quien se supone corrompido por él ya había anteriormente vendido a otros sus favores, aquel debe quedar exento de toda pena. Se ha sostenido al respecto que esa concusión es justa y aceptable desde el punto de vista político y, además, es estrictamente lógica, como deducción del criterio cardinal de este delito¹⁹. Otro de los criterios utilizados, también citado por el autor mencionado²⁰, se funda en la distinción de la justicia o injusticia del acto por el cual se le prometió o se le dio dinero al oficial público. Si era injusto, ya no puede hablarse de concusión, y el particular que lo quiso y lo compró con dinero ya no podrá tomar la actitud de víctima ni sustraerse a los efectos de una voluntad que en él no pudo dejar de ser abiertamente perversa. Contrariamente, si el acto era justo, ya no podrá hablarse de corrupción, ni puede imponerse pena al ciudadano que ante la venalidad del juez se vio obligado a confiar más en la fuerza del oro que en la fuerza de la razón. Desde ya considero que tales sistemas nos informan de un dato meramente histórico pero carecen absolutamente de utilidad en la actualidad. El primero porque descansa en criterios abandonados por el Derecho Penal moderno: no puede decidirse acerca de la tipicidad de una conducta sobre la base de los antecedentes del autor del hecho, y la segunda fórmula nos permite conocer lo que "no es" pero no asegura lo que "es"; en otros términos, se descarta en un caso la corrupción, pero tal criterio no permite que con el mismo grado de certeza se pueda aseverar la subsunción positiva de la conducta en cuestión.

Ramos Mejía sostiene que, a fin de separar debidamente y con criterio jurídico el delito de concusión de las hipótesis de exacciones

y seducido, esa importancia se hace capital cuando se trata de decidir si al hecho materialmente demostrado por un magistrado que recibe indebidamente dinero se le debe aplicar el título de corrupción o el de concusión. Cfr. CARRARA, ob. cit., vol. V, t. VII, § 2575/6.

¹⁹ CARRARA, ob. cit., vol. V, t. VII, p. 2577.

²⁰ CARRARA, ob. cit., vol. V, t. VII, p. 2581.

illegales, de nada vale tomar en consideración la naturaleza de la pena, ni la calidad de funcionario público que debe revestir el sujeto activo ni el necesario abuso en el ejercicio, ni la posible intervención de un tercero, ni el modo común de la acción a través del requisito de un pago o una entrega indebidos. El elemento fundamental y que realmente señala la distinción entre ambos delitos consiste en aquello que es objeto de la exigencia ilícita del funcionario, pues es cierto si que en tal aspecto no es lo mismo exigir una contribución o un derecho o cobrar mayores derechos que los que corresponden que exigir una dádiva, ni es en todos los casos lo recibido producto de una exacción, ni es posible, por ello, convertir ese producto en todos los casos en provecho propio o de un tercero²¹. El error en nuestra ley, a consecuencia del cual se ha producido esa confusión entre ambos delitos, reside en haber equiparado en el artículo 266 del Código Penal la exigencia de una contribución o de un derecho con la exigencia de una dádiva, confusión agravada por el artículo 268 del Código Penal, al considerar a todas esas exigencias como exacciones²². Actualmente se ve aún más agravada la situación descripta por el agregado en el texto legal del término "solicitar"²³.

Ramos Mejía, al analizar la cuestión, también recurre al origen del vocablo "exacción", que tiene una firme tradición etimológica y jurídica, y que vale tanto como recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, es decir, *de algo que solo se puede adeudar o pagar al Estado, en cuyo nombre y en cuyo aparente beneficio actúa y debe actuar el agente*. Por ello aquel tipo de exigencia importa una exacción ilegal y se halla reprimida en el artículo 266, agravando la pena el artículo 268 del Código Penal en caso de que el funcionario convirtiere la respectiva exacción en provecho propio o de tercero, desviándola del destino primitivo: *las arcas fiscales*. La maliciosa combinación de extorsión y engaño ha concluido así en beneficio exclusivo del reo. Ahora bien, cuando lo exigido indebidamente es una dádiva (algo que nunca puede suponer la víctima

²¹ RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 37.

²² RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 38.

²³ Texto según ley 25.188, art. 37.

como adeudado regularmente al Estado), el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera, y no infringe por ello el artículo 268 del Código Penal, sino solamente el artículo 266 del mismo Código²⁴. Esta hipótesis de-licitiva no constituye una de las exacciones contempladas en la primera de las citadas disposiciones, sino un delito autónomo e independiente: el de concusión, que encuadra únicamente en el artículo 266 del Código Penal. Debe tenerse en cuenta que este artículo 266 no utiliza el término "exacciones", sino que sólo menciona las diversas exigencias según se trate de *contribución*, *derecho* o *dádiva* y, por ello, cuando el artículo 268 del Código Penal se refiere a las exacciones expresadas en los artículos anteriores, no hay razón para entender comprendidas todas las hipótesis del artículo 268, sino sólo aquellas que constituyen verdaderas y propias exacciones²⁵. En la concusión²⁶ desaparece así todo vestigio de engaño o ardid, y sólo se advierte en la acción original su carácter extorsivo. En idéntico sentido, Donna²⁷ adhiere a una postura compatible con la formulada por Ramos Mejía.

Sin embargo, no son pocos los autores que no aceptan la posición enunciada. No comparte Creus²⁸ el criterio de Ramos Mejía, pues considera que no son pocos los casos en que se exigen aportes gratiábiles para la administración con la finalidad de que se los invierta en servicios públicos; así, la exacción del artículo 266 del Código Penal constituida por la exigencia de una dádiva es perfectamente admisible, por lo cual no ve la necesidad dogmática de pensar en un tipo autónomo de concusión con la punibilidad propia de la exacción simple²⁹.

²⁴ RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 39.

²⁵ Según el sentido etimológico y jurídico del término ya visto, es decir, la exigencia extorsiva y engañosa de derechos o contribuciones no debidas al Fisco, únicos que pueden luego convertirse en provecho personal.

²⁶ RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 40.

²⁷ DONNA, ob. cit., t. III, p. 341.

²⁸ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 394.

²⁹ Comparte ese criterio también SOLER, ob. cit., t. V, ps. 195 y ss.

En síntesis, Creus³⁰, para distinguir el delito en análisis de cualquier otro, sostiene que la exacción se diferencia por la actitud de exigencia explícita o de petición implícita del autor, el destino de la exacción para la administración pública y el abuso del cargo como medio de exigir o pedir. Cuando la exigencia o petición falte de parte del funcionario y el objeto proceda del ofrecimiento del administrado, estamos, en todo caso, ante el acuerdo venal propio del cohecho. Cuando el funcionario no reclame para la administración, sino directamente para sí, estaremos en el terreno de la extorsión, si es que se dan los demás requisitos de ella. Cuando el acto no implique un abuso del cargo, sino una actitud personal y evidentemente extrafuncional del sujeto, podremos hallarnos ante una estafa, si se utilizan para ello procedimientos engañosos, o ante un robo, si se utilizan procedimientos violentos o intimidatorios enderezados a la inmediata concesión de la prestación por parte de la víctima. Todas estas figuras son estrictamente alternativas con la de exacción, que desaparece entonces.

Núñez, asumiendo una posición contraria a la sustentada por Ramos Mejía, al comentar el delito de exacciones expresamente refiere que la inclusión en el artículo 266 del Código Penal de la dádiva ha dividido las opiniones en cuanto a si su exigencia o entrega constituye el delito de concusión, diferente de la exacción prevista por el mismo artículo 266. Asimismo, agrega que la frase "las exacciones expresadas en los artículos anteriores" muestra muy claramente que el artículo 266 del Código Penal no hace distinción alguna entre los distintos supuestos que prevé. Por otra parte, no ha sido algo ajeno a nuestras prácticas la costumbre administrativa de exigir aportes económicos con fines gremiales, asistenciales o de beneficencia³¹.

Por su parte Rimondi, al comentar el fallo "Varela Cid"³², deja planteado su rechazo a la postura asumida por Ramos Mejía efectuando una crítica pormenorizada de la misma.

En tal sentido sostiene que la compleja interpretación efectuada por aquel constituye el primer cuestionamiento de su posición. En una correcta interpretación no puede olvidarse que el artículo 266 del Código

³⁰ CREUS, ob. cit., p. 397.

³¹ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 136/137.

³² TOC.Fed. Nº 5, 11-5-99, L. L. 1999-D-295.

Penal es el primero del Capítulo XX, que lleva como título el de *Exacciones ilegales*. En el claramente se describe una figura básica, toda vez que los subsiguientes se encuentran referenciados con el mismo. A ello debe adicionarse que la frase legal prevista en el artículo 268, "...las exacciones expresadas en los artículos anteriores", constituye un serio escollo para la postura en análisis. Tal obstáculo se pretende obviar afirmando que el artículo 266 del Código Penal no utiliza el término "exacciones", sino que sólo se mencionan las diversas exigencias; consecuentemente, siendo la concusión un delito autónomo e independiente, la calificante del artículo 268 del Código Penal sólo sería de aplicación en los casos en que se exigiere indebidamente una contribución o un derecho. Sin embargo, el autor contesta esa crítica afirmando que se trata de una premisa falsa, ya que las normas penales no incluyen un *nomen criminis* sino que se limitan a describir la conducta punible.

A su vez sostiene que no puede construirse la interpretación del tipo penal exclusivamente sobre la base del significado de los términos. El concepto no se limita por el objeto de la exigencia sino por el modo en que es exigido. De manera tal que si una dádiva es exigida de manera indebida y abusiva también estaremos, según este autor, frente a una exacción. De esta forma descarta la afirmación sostenida por muchos (principalmente por Ramos Mejía) de que la dádiva nunca puede ser objeto de exigencia de una exacción ilegal. Según Rimondi, esa es también una premisa que debe ser revisada, ya que si bien es cierto que en la generalidad de los casos de la práctica, cuando un funcionario público exige un aporte graciable de un particular lo hace en provecho propio o de un tercero, dicha comprobación empírica no resulta suficiente para sustentar la afirmación dogmática de que siempre y desde un principio su acción se enderezará al fin de beneficiarse el o un tercero, descartando de plano el beneficio al erario público.

Finalmente, concluye su postura crítica manifestando que la validación de aquella interpretación implicaría el desconocimiento de la estructura interna del sistema punitivo de nuestro Código Penal, ya que, de acuerdo al mismo, a mayor valor de los bienes jurídicos tutelados por la norma, más grave es la amenaza punitiva contenida en ella³³.

En contra de la posición crítica de la postura de Ramos Mejía desarrollada por Rimondi es útil recurrir al comentario de un fallo de notable trascendencia pública³⁴ efectuado por De Luca.

Entre otras cuestiones comienza sosteniendo que el autor citado no observa estrictamente el tipo de interpretación literal, sino la sistemática, porque recurre para su razonamiento a las normas que rodean al texto en análisis y lo hace jugar con ellas para obtener así una interpretación armónica. Además, tampoco puede fundarse en el ámbito del ordenamiento jurídico que una dádiva sea exigida en nombre del Estado más allá de que en la práctica pueda darse esa situación frecuentemente.

Asimismo, en contra de lo sostenido por Rimondi, nada aporta el hecho de que otro artículo se refiera a las exacciones del anterior, porque puede referirse a una parte o a todo su enunciado, o bien porque la concusión es una exacción. El Estado tiene derecho a realizar exacciones legales. En tal sentido, exacción, en una primera acepción, puede ser la acción y efecto de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas, deudas, etcétera, con lo que el adjetivo ilegales cae perfecto para los funcionarios que están facultados a exigir todas esas cosas pero no ilegalmente. Pero en su segunda acepción, exacción es el cobro injusto y violento, con lo cual el adjetivo ilegales no encaja por redundante—un cobro injusto y violento es siempre ilegal—.

La concusión es cobro injusto y violento, así se deriva lógicamente que lo exigido al cobro necesariamente tiene que ser otra cosa que aquellas a las que está facultado el funcionario a requerir—una dádiva—. Siguiendo la crítica a Rimondi y sin entrar a considerar la postura de que el Estado puede exigir dádivas, De Luca³⁵ continúa sosteniendo que el concepto de dádiva no es el problema. El asunto pasa por el destino original de la contraprestación exigida. Cuando de entrada el funcionario exige para sí, nunca hay exacción ilegal, llámese como quiera llamarse a lo exigido, sino una concusión. No es la palabra dádiva lo que define al delito, sino que es el delito lo que define a la palabra. Una exacción también es ilegal cuando el funcionario exige

³⁴ TOC.RFed. Nº 12, 9-6-99, "W, C.", L. L. 1999-E-331 y ss.
³⁵ DE LUCA, ob. cit., p. 339.

una prestación indebida, pero no por las características del objeto pedido sino por el destino que desde el inicio le da: el Estado. En cambio, si ab initio exige para sí esa misma prestación, habrá concusión.

En cuanto a la desarmonía de penas aludida por Rimondi, la solución es atractiva y podrían agregársele más argumentos en su favor como, por ejemplo, comparar la pena del artículo 266 del Código Penal con las del cohecho. Si en este delito sólo tenemos un damnificado, la administración pública, porque el particular dispone libremente de su propiedad al ponerse de acuerdo con el funcionario, no se entiende cómo puede preverse más pena que para la figura del artículo 266 del Código Penal, donde los damnificados son dos: la administración pública y el particular, víctima que no dispuso libremente de su patrimonio. Peor resultado daría el cotejo con el delito de extorsión (art. 168, Cód. Pen.), donde se prevé una pena muy superior y pese a que la modalidad es muy parecida a la de concusión. Las razones reales de esta discordancia, lejos de tener que ver con erróneas interpretaciones de los tipos penales, se encuentran en el proceso legislativo que llevó a la sanción del Código Penal tal como quedó redactado. Sin embargo, sabido es que no es buen método de interpretación de la ley recurrir a la voluntad del legislador histórico, porque es totalmente falible y porque, en definitiva, aquella pudo no haber quedado reflejada en la ley misma.

“Los preceptos penales tienen dos partes. Una es la descripción de la conducta punible y la otra la consecuencia punitiva deparada a quien se considere la ha realizado. Lo lógico es que las razones de política criminal que motivan la necesidad de inclusión de una conducta dentro del catálogo de acciones prohibidas o debidas, vayan de la mano con las que se tuvieron en cuenta para asignarle mayor o menor gravedad y que serán las que generen la amenaza de mayor o menor pena para el autor. Sin embargo, se trata de dos procesos distintos, en dos niveles de análisis, y la inconsecuencia de uno no tinte al otro”³⁶. De esta forma demuestra que la supuesta desarmonía de las escalas punitivas esgrimida por Rimondi no constituye en nuestro ordenamiento jurídico actual un criterio válido de dogmática penal que colabore para la in-

³⁶ DE LUCA, ob. cit., p. 339.

interpretación de los tipos penales. En todo caso, se tratará de un motivo de crítica a la política criminal del Estado.

Finalmente, expone claramente y en forma sucinta su posición³⁷:

- La ley no califica las dos formas de cohecho como pasivo y activo; se trata de adjetivos puestos por los juristas para simplificar el lenguaje y describir modalidades delictuales muy antiguas y generalizadas.

- En la concusión también hay un acuerdo y puede ser procurado por cualquiera de las dos partes, mas se trata de un pacto al que el particular llega con su consentimiento viciado por el temor a la autoridad (no es acuerdo y no parte de cualquiera).

- El argumento de la preeminencia de la autoridad por sobre el particular puede no reflejar la realidad de todos los casos. Puede haber situaciones de perfecta igualdad e inclusive otras en que el particular sea más poderoso que el funcionario.

- La esencia del problema no está en quién procura o propone el acuerdo, sino en lo que el pacto buscado significa para ambas partes. Si no aparece un perjuicio posible para el particular, ese acuerdo será igualitario y sin consentimiento viciado por el temor; por el contrario, siempre que se acuerde por temor habrá exacción o concusión, debe tenerse en cuenta que la actitud y el contexto pueden generar temor y un menoscabo a la libertad de contratación del particular.

IV. La síntesis final

Más allá de compartir en general la postura de De Luca, en particular coincido plenamente con la posición asumida por Ramos Mejía y Donna. Respecto de las conclusiones mediante las cuales De Luca refuta la posición de Rimondi, coincido con todas ellas, sin embargo, considero que en la concusión no puede hablarse de acuerdo, toda vez que al encontrarse viciada la voluntad del particular no puede afirmarse que a pesar de existir un pacto éste sea técnicamente un acuerdo. Asimismo, aunque podría coincidir con De Luca en sostener "que la

³⁷ DE LUCA, ob. cit., p. 341.

esencia del problema no está en quién procura o propone el acuerdo, sino en lo que el pacto buscado significa para ambas partes, la cuestión vinculada con la ausencia de perjuicio posible para el particular como pauta para mensurar si el acuerdo fue igualitario y ajeno al temor no la comparto. Bajo mi humilde opinión aquella afirmación es relativa, pues al tratarse de un razonamiento en el que se comparan cuestiones diversas la conclusión no siempre puede ser verdadera, aunque en muchos casos podrá serlo. No obstante lo expuesto coincido con De Luca en que siempre que se acuerde por temor habrá exacción o concusión (de acuerdo a las demás circunstancias que rodeen el caso).

Mucho se ha escrito al respecto y mucho se seguirá escribiendo mientras no se modifique el texto de nuestro Código Penal. Por mi parte, más allá de las diversas pautas que se han seguido para sustentar las distintas posiciones en doctrina, considero que el dato más esclarecedor a la hora de interpretar el delito de concusión está dado por la transformación descripta por Aguirre Obarrío del articulado previsto por el Proyecto de 1906 hasta llegar al texto del Código de 1921. No es la primera vez que errores como esos desfiguran el texto legal que el legislador tuvo en mente incorporar.

Es sabido que el método histórico de interpretación de la ley padece de grandes defectos y que en muchos casos carece de todo valor. Sin embargo, en el caso en análisis resulta más que elocuente la determinación del sentido histórico general en el que la ley se enmarca, como también la particular historia de la génesis de los artículos en cuestión. Los datos históricos que este método de interpretación nos informa constituyen datos objetivos ajenos a todo tipo de especulaciones, los que unidos a las argumentaciones antes expuestas corroboran el acertado criterio de Ramos Mejía y de quienes lo siguen, aunque con algunas variantes.

ENRIQUECIMIENTO PATRIMONIAL DE FUNCIONARIOS, SU NO JUSTIFICACIÓN Y PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

por JAVIER AUGUSTO DE LUCA
y JULIO E. LÓPEZ CASARIEGO

SUMARIO: I. Introducción. II. Asuntos de interpretación de la ley. III. Problemas políticos. IV. El bien jurídico. V. Estructura típica. La estrechez de las clasificaciones dogmáticas. VI. Justificar no es probar. VII. Algo más sobre la posibilidad física de realización de la acción mandada. VIII. Clausula contra la autoincriminación compulsiiva. IX. *Non bis in idem* y prescripción. X. Renuncia a garantías constitucionales. XI. Pena. XII. Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759. XIII. Conclusión.

I. Introducción

Desde no hace muchos años existen pocos pero fecundos precedentes jurisprudenciales que analizan las características y constitucionalidad del delito del artículo 268 (2) del Código Penal. Hasta entonces, las discusiones jurídicas sobre el delito estaban deparadas casi con exclusividad a los teóricos del Derecho Penal que explicaban su génesis y características¹. Sancinetti se ocupó del tema con gran pro-

¹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba, t. V, vol. II, ps. 140 y ss.; MILLÁN, Alberto S., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, en *Revista Penal del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Fac. de Derecho de la UNNE*, Corrientes, s/fecha, Año 1, enero-julio, Nº 1; CHIAPPINI, Julio, *El delito de no justificación de enriquecimiento*, en L. L. 1986-C-851;

fundidad² y nosotros, en una breve anotación a una sentencia, pretendimos aportar unos pocos argumentos nuevos sobre aspectos del delito cuya inconstitucionalidad parecía ir ganándose lugar en la doctrina³. En los últimos años se publicitaron varios casos y vieron la luz muchos artículos de doctrina, así como actualizaciones de tratados generales, que resultan difíciles de recopilar⁴.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1990, t. II, ps. 322 y ss.; *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, ps. 405 y ss.; MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados*, en D. J. 1998-2-651; BLASCO, Rodolfo Ariel y MACO, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. ¿Un adiós a la dogmática penal?*, en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes* (Facultad de Derecho de la UBA), Nº 10, Buenos Aires, agosto de 1997, p. 36.

² *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público* (art. 268, 2, C. P.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994; *Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de "enriquecimiento ilícito de funcionario público"*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Año 5, Nº 8-C, p. 915.

³ Ver DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, en L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal, a cargo de Francisco J. D'Albora, del 25-2-2000, donde se resumen los puntos principales de la sentencia dictada en la causa "Ángeloz" por la C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98. También la dictada por el TOCr. Nº 29 en causa 564 caratulada "Pico, José Manuel y otra s/ Enriquecimiento ilícito", la dictada por la CNCS-Pen., sala I, en la misma causa "Pico", Nº 2697, el 8-5-2000; las resoluciones de la CNCCorr. dictadas el 15-1-98 por la Sala de Feria en la causa "Pico", y por la sala I, el 11-6-98, en causa 8939, "Vallone, José Alberto", y el 11-5-99 en la causa 10.886, "Niccodemí, Mario", la del TOCr.Fed. Nº 4, en la causa 648, "Alsogaray, María Julia", el 31-5-2004; la sentencia dictada por la sala IV de la CNCCorr. en la causa "Guglielminetti", el 4-10-99. Corresponde señalar que en estos precedentes se citan más trabajos de los que aquí se están relevando.

⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 871 y ss.; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 381 y ss.; BORINSKY, Mariano Hernán, *Sobre la constitucionalidad del llamado "delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados"*, en *Revista Y Considerando*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, Año 3, Nº 23-24, marzo/abril de 2001, p. 23; MARTÍNEZ VEGA, María Laura, *El delito de enriquecimiento ilícito: su renacimiento*, en L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 8-4-2002, p. 29; OTRANTO, Guido, *El delito de enriquecimiento injustificado*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nº 1, Lexis-Nexis, Buenos Aires, septiembre de 2004, p. 217; CASTRO, Julio César, *El enriquecimiento de los funcionarios públicos*, en www.terragrupo.com.ar, IN-

Los distintos enfoques y cantidad de temas abordados pronostican que las discusiones no se agotarán tan fácilmente. Aquí se pretende aumentarlas para volver sobre la refutación de diversos argumentos críticos de la figura. Para ello nos valdremos de una síntesis muy apretada de los argumentos de Sancinetti, que ya constituyen un clásico en esta materia, y del trabajo de De la Fuente, que ha recopilado gran cantidad de información y recogido los argumentos centrales de la doctrina hasta el momento⁵.

Según Sancinetti, este artículo (art. 268 [2], Cód. Pen.) es de recogida "para penar delitos contra la administración pública que no le hayan podido ser probados al funcionario". De ese modo, al ser requerido por su enriquecimiento durante la gestión, y no poder probar su licitud, se establece una presunción de que se ha enriquecido ilegalmente cometiendo delitos determinados contra la administración pública. Y así se valora en su contra el silencio o se lo obliga a colaborar con la acusación, todo ello en contra de la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, Const. Nac.). Se trataría de una presunción de que el funcionario ha cometido un hecho determinado contra la administración pública.

La norma, en su segundo párrafo, hoy derogado⁶, pondría en evidencia la inconstitucionalidad, porque si el funcionario probaba que se enriqueció por cometer un homicidio por precio y no por la función pública, quedaba impune al no poder usarse en su contra la prueba por haber sido obtenida coactivamente; pero, si se quedaba callado, era punible.

CHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 39; VIDAL ALBARACIN, Héctor y VIDAL ALBARACIN, Guillermo (h), *Crisis del delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. Un fallo revitalizador*, en L. L. 2000-D-781 y ss.; MAGARINOS, Mario, *El delito de enriquecimiento ilícito: la posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 4, Lexis-Nexis, Buenos Aires, diciembre de 2004, p. 716; GULLCO, Hernán y BRUZZONE, Gustavo, *Acercas de la adecuación constitucional del tipo penal del enriquecimiento ilícito de funcionario público*, inédito, ejemplar al que se accedió por gentileza de los autores.

⁵ DE LA FUENTE, Javier Esteban, *El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-1, *Delitos contra la Administración Pública* – I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 79.

⁶ Ley 25.188 (B. O. del 1-11-99).

Juzga incorrecto que, para salvar la inconstitucionalidad, se lo considere un delito de omisión, porque para que ello sea posible el omitente debe estar en la posibilidad de realizar la acción mandada, y quien no puede probar un origen legítimo, porque se ha enriquecido por un delito contra la administración pública, ya no puede cumplir con la acción de justificar y, por ende, técnicamente, no es un omitente. Si fuera un delito de omisión, sólo sería verdadero omitente aquel que habiéndose enriquecido correctamente se quedara callado, es decir, omitiera precisamente justificar, ya que él podría hacerlo. Desde su óptica, la única vía para admitir que se tratara de un delito de omisión consistiría en garantizarle al imputado por este delito la impunidad por el otro delito que eventualmente confesara y explicara el origen del enriquecimiento.

La idea de Sancinetti es que el artículo 268 (2) del Código Penal no pena el quedarse callado tras el requerimiento, sino haberse enriquecido por vía de un delito contra la administración pública. Pero la regla básica del Estado de Derecho es que si se le imputa a alguien la comisión de un delito determinado, le sea probada su culpabilidad, y no presumida por su silencio.

Además, algunos de los delitos cuya demostración concreta se quiere simplificar por vía de este otro delito tienen prevista una pena menor que la del de enriquecimiento ilícito; es el caso del cohecho (art. 256), la aceptación de dádivas (art. 259) o el aprovechamiento de informaciones o datos de carácter reservado (art. 268 [1]).

Finalmente, la norma analizada violaría el principio de legalidad y el derecho penal de acto, por la indeterminación de la conducta prohibida.

II. Asuntos de interpretación de la ley

En primer término, cabe señalar que no debe confundirse la voluntad del legislador o del proyectista de una ley con la voluntad de la ley misma (sentido). Lo que hayan dicho los legisladores o los redactores de algún proyecto de ley no tiene más autoridad que lo afirmado por cualquier intérprete sobre la ley realmente sancionada. La ley cobra vida con posterioridad a su sanción y sus creadores pueden haber tenido

mayor o menor suerte al realizar su tarea. El olvido de una coma, una conjunción o su distinta ubicación dentro del sistema del Código Penal pueden hacer cambiar radicalmente el sentido de lo que quisieron decir y discutieron al momento de su debate y sanción. Véase sino el problema mayúsculo que presenta el delito del artículo 268 (2) del Código Penal que todos llamamos enriquecimiento ilícito y, sin embargo, en su texto no describe claramente una acción de enriquecerse. Es más, ni siquiera aparece como determinante el contenido del bien jurídico que tenían en mente los autores de la ley porque pudieron haberlo logrado o, más importante aun, porque cambios culturales pudieron haber llevado a que una misma ley pase a considerar otros bienes jurídicos impensados al momento de su creación. Este asunto parece muy extraño, porque en dogmática penal el bien jurídico es asunto de gran relevancia, pero debe tenerse presente que el legislador penal no sanciona bienes jurídicos, sino leyes que castigán su lesión o puesta en peligro. Precisamente, por tal razón, muchas veces la dogmática "descubre" nuevos contenidos de un determinado bien jurídico sin que hayan cambiado las leyes que se refieren a él.

En el mismo sentido se ha dicho que si bien los antecedentes legislativos tienen una gran importancia para la determinación del alcance de las palabras de la ley, ellos no deben ser exagerados ni pueden usurpar el lugar que corresponde a otros elementos de esclarecimiento. Los antecedentes legislativos no pueden nunca dar lugar a una interpretación "histórica" en el sentido de suplir la letra de la ley en sentido contrario a lo que ella misma expresa, toda vez que el acto legislativo corta el cordón umbilical que le une a la decisión política. La investigación metódica de los antecedentes legislativos, en tanto que sirve a la interpretación, es útil y necesaria, pero lo que está vedado es que por esta vía se pretenda sustituir a la ley. Siempre deberá estar a la *mens legis* y no a la *mens legislatoris*⁷. La voluntad que debe buscarse es la de la ley, y no sustituirla por la del legislador⁸.

Existen sistemas de interpretación mucho más seguros como el li-

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 300.

⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino. Parte general*, 5ª ed., 1987, 10ª reimp. total, 1992, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t. I, p. 186.

teral, gramatical y sistemático, que se deben emplear con prioridad y que dejarán a la voluntad del legislador el último lugar.

En definitiva, también la búsqueda del bien jurídico que informa el texto de la ley es muchas veces obra de la doctrina, de modo tal que en este artículo prescindiremos de lo que quisieron hacer, hicieron o dejaron de hacer los legisladores históricos y sus seguidores o co-mentaristas.

III. Problemas políticos

Tampoco nos referiremos a los problemas políticos que genera una interpretación contraria al sentir popular de represión de estas conductas. De esto se ha hecho perfectamente cargo el profesor Sancinetti, porque como bien él lo pone de manifiesto, éste es un análisis jurídico, constitucional y penal, y no de conveniencia política; razones de esta índole no pueden justificar una eventual violación de la Constitución Nacional.

Ahora bien, cuestión muy distinta es prescindir de claras normas y principios recogidos por la Constitución Nacional que tienen directa influencia en la consideración del contenido del bien jurídico que reclama lesión por la violación a la norma del artículo 268 (2) del Código Penal.

La Argentina es una república, constitucional, y no solamente un Estado democrático de Derecho donde deben respetarse las garantías de los habitantes. En una república, además de esto, los servidores públicos deben dar cuenta de sus actos a quienes sirven, incluidos muchos de ellos privados. La única razón de existencia de un funcionario público es la de servir a que los habitantes logren el mayor ámbito de autogobierno y, como consecuencia de ello, están llamados a rendir cuentas cada vez que corresponda. Como por una cuestión de orden esto último no puede ocurrir a cada momento, las leyes y reglamentos determinan el cómo, el cuándo, las circunstancias en que ello es debido. Deben soportar la más amplia crítica de su persona y conductas⁹, en muchos casos aun las privadas, como, por ejemplo, el

⁹ Sobre este tema, toda la jurisprudencia sobre delitos contra el honor por medio de la prensa, desde la década de 1960 en adelante (con las conocidas interrupciones

discutir públicamente si el presidente de la Nación tiene una amante cuando existen intereses públicos que lo justifican¹⁰. Y esto es así porque los habitantes queremos saber quiénes nos gobiernan, sus debilidades, sus posibles compromisos con determinados sectores o personas, porque en sus personas está encarnada una función pública sumamente delicada para el conjunto social.

Quedaron atrás los tiempos del delito de desacato, las situaciones de censura previa, de privaciones del derecho de acceso a la información pública, de violación al secreto de las fuentes periodísticas. Es sencillamente impensable en el modelo republicano que los habitantes no puedan conocer los bienes del funcionario, la comparación entre los que tenía antes de asumir la función y los que tiene después de dejarla, y de pedirle explicaciones ante la más mínima duda sobre su origen. Hablar de garantías constitucionales del funcionario público en esta materia aparece tan extraño como que un hijo de 14 años invoque un supuesto derecho a negarse a declarar si el padre le pregunta de dónde sacó el reloj pulsera de oro que trae consigo, o que el administrador de nuestros bienes decida no rendirnos cuentas cuando se lo exigimos porque nos parece que algo no anda del todo bien en su gestión, invocando el principio de inocencia.

De modo que las cosas deben ponerse en su lugar desde el inicio. Este delito plantea problemas mucho más profundos que aquellos que generalmente aborda la dogmática penal y sólo puede ser entendido correctamente en el contexto en que, además de las garantías y derechos de los individuos (seres humanos, personas), existe un reducido grupo de ellos que son funcionarios públicos, a quienes se les ha conferido la alta misión de administrar y velar por los intereses de todos (no sólo económicos) y que deben justificar todo lo que hacen o dejan de hacer en ese ámbito.

Debe además señalarse que las personas que asumen una función

constitucionales). Resulta recomendable la lectura de la resolución de la Corte Suprema Nº 2013/2004, del 23-11-2004, dictada en el Expediente Nº 2523/2004, "Avocación Schiffrin, Leopoldo y Frondizi, Román", de superintendencia, y la de sus citas, publicada en L. L. del 22-12-2004.

¹⁰ No se trata de imiscuirse en la vida privada del funcionario, sino, por ejemplo, de determinar si el funcionario ha puesto sus bienes a nombre de ese/a amante y por qué.

pública también conocen estas obligaciones. Están perfectamente advertidos de que esto funciona así (república, principio de legalidad y ley previa, arts. 1º y 18, Const. Nac.).

Sentado este principio político y constitucional básico, se pasa a un segundo nivel de análisis. El legislador tiene la potestad de incriminar conductas u omisiones (art. 19, Const. Nac.) que lo lesionen. No está obligado a hacerlo. Si lo hace, será nuestra misión interpretar cómo lo ha hecho para verificar su sentido y si ha respetado todos los demás principios, derechos y garantías del mismo texto constitucional. Pero en este segundo escalón habrá de ser muy cuidadoso en no confundir razones de conveniencia, de mayor o menor acierto en la redacción, y de cuestiones que genéricamente se las llama de política criminal, con aquellas que hacen a su confrontación con normas de jerarquía constitucional.

IV. El bien jurídico

Evidentemente, la noción genérica de administración pública no dice mucho sobre el concepto del bien jurídico. Podemos extraer de ella que se trata de un título del Código Penal donde se agruparán delitos relacionados con los funcionarios y las funciones públicas, de todos los poderes del Estado, pero no mucho más. Allí se establecen prohibiciones y mandatos cuya violación se sanciona con una pena, tanto para funcionarios como para particulares.

Pero el delito del artículo 268 (2) del Código Penal está ubicado debajo de una rúbrica que se intitula *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados*, lo cual refiere a funcionarios (y empleados), a un aumento de sus patrimonios, y anuncia sobre qué situaciones versará la ilicitud penal. El texto del artículo debajo de la rúbrica en ningún momento señala que el enriquecimiento deba tener un origen ilícito o deba responder a alguna conducta determinada del autor para ser considerado tal. Ante tal situación, si se quiere respetar el producto del legislador, que es el que representa la voluntad popular, deberá buscarse al texto un sentido acorde al bien jurídico del título y al enunciado del capítulo y, por supuesto, a la Constitución Nacional que informa y limita su tarea.

Esto es lo que señala la Corte Suprema cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es el último recurso al que puede acudir el intérprete, porque una declaración tal implica, ni más ni menos, que ir en contra de la voluntad popular; que no puede interpretarse la Constitución a la luz de preceptos legales de inferior jerarquía, y que no hay cabida en el análisis de constitucionalidad de una ley para consideraciones de política criminal o, mejor dicho, que se debe ser muy claro en distinguir las críticas que puedan depararse a la oportunidad y conveniencia del dictado de esa ley, de las que constituyan una tacha de constitucionalidad, máxima cuando se trata de funcionarios públicos de una república, donde está comprometido uno de los pilares básicos de nuestra sociedad. La tacha de inconstitucionalidad sólo puede reposar en la violación de derechos y garantías individuales, o en principios políticos básicos de la organización institucional también delineados en la Ley Fundamental.

Así, 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. Tampoco parece involucrado, como en tantos otros delitos del título, el patrimonio de la administración pública ni el de los particulares engañados o intimidados por los funcionarios; tampoco el funcionamiento económico de una administración en sí misma, ni la regularidad de la actividad de los funcionarios o de la prestación de los servicios que son de su competencia.

Lo que se encuentra en cuestión es la imagen de transparencia¹¹, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan.

¹¹ En el mismo sentido Carlos A. Mantroni—miembro del grupo de trabajo que redactó la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759)—en *La Nación* del 5-3-98: "La realidad es que el enriquecimiento ilícito es un delito autónomo, y mediante la norma que define esa figura jurídica el Estado reprime la falta de transparencia de sus funcionarios. La comunidad tiene derecho a exigir que exista una correspondencia exacta o, al menos, aproximada, entre los bienes que poseen quienes administran sus recursos y los que esos administradores pueden justificar. Cuando esa correspondencia no existe, se daña la imagen de la función pública y la confianza que la autoridad debe inspirar entre los gobernados, y eso es precisamente lo que se pena, ya que al descrédito de los gobiernos sobrevienen muchos males, tales como el desaliento para el esfuerzo, la evasión y la anarquía. ¿Por qué una nación no puede imponer pena a los gobernantes [...] que no se toman el trabajo de avalar sus cuentas

En consecuencia, aunque un funcionario se haya enriquecido lícitamente, por ejemplo, ganó la lotería o recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico¹², porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán—fundada o infundadamente—que esta originado, entendiéndose indebidamente 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.

La noción de que los funcionarios deben ser austeros¹³ no logra atrapar plenamente el concepto que queremos reflejar. La austeridad es la calidad de austero. Según el *Diccionario* de la Real Academia Española significa: severo, rigurosamente ajustado a las normas de la moral. Sobrio, morigerado, sencillo, sin ninguna clase de alardes. Agrio, astrigente y áspero al gusto. Retirado, mortificado y penitente. Por otra parte, el título del capítulo donde está inserto el artículo 268 (2) del Código Penal dice “enriquecimiento ilícito” y no solamente “enriquecimiento”, y el texto de la ley dice “no justificar un enriquecimiento...”. En consecuencia, ni de la Constitución ni de la ley surge que los funcionarios deban ser austeros en el sentido de patrimonialmente pobres. Los funcionarios se pueden enriquecer apreciablemente y ello será calificado de lícito o ilícito si se dan otras circunstancias. Es más, ni siquiera dicen que deban vivir exclusivamente de su sueldo. Lo que sí ocurre, en cambio, es que el principio republicano manda que los funcionarios deban tener una conducta transparente y que los ciudadanos puedan conocer de qué viven, es decir, cómo se han enriquecido, empobrecido o mantenido. Porque debemos contar con su probidad (honorabilidad) y esa es la imagen que reflejan cuando el origen o conformación de sus patrimonios es claro. Nada impide que un fun-

o no están en condiciones de hacerlo? No importa de dónde proviene el dinero. No es verdad que el funcionario deba justificar sus bienes para librarse de ser condenado por otro delito, sino que precisamente la falta de justificación de los bienes constituye el delito. La transparencia es el bien jurídico protegido”.
¹² La lesión al bien jurídico todavía no permite decidir si una conducta es típica, porque el legislador sólo incrimina unas pocas y determinadas formas de afectación de ese bien jurídico.
¹³ MAGARINOS, ob. cit.

cionario se enriquezca durante su función, en tanto y en cuanto declare sus ingresos, no existan incompatibilidades funcionales y/o sea autorizado por la administración a contar con otros distintos de su sueldo. Si esto ocurre, la ciudadanía lo conoce y está tranquila. El principio republicano está cumplido. La posición por la "austeridad", en el sentido gramatical del término, encierra una posición moral que podrá o no ser compartida (en lo personal nos resulta atractiva), pero que no es jurídica.

En cambio, la imagen de transparencia, gratuidad y probidad son principios republicanos y de la administración en tanto informan a quienes la componen, los funcionarios, lo cual hace a la normalidad (con ese alcance) de su funcionamiento¹⁴.

No se reprime el enriquecimiento ilícito a partir de la no justificación del incremento patrimonial. Lo ilícito es no justificar el incremento. El enriquecimiento (apreciable y objetivamente inexplicable) es calificado por la ley o se torna ilícito cuando el funcionario no lo justifica, con independencia del carácter de su origen.

Hemos considerado seriamente, pero no logra convencernos, la idea de que el delito reprime los "enriquecimientos ilícitos", en general. Esa idea respondería solamente al valor anticorrupción, que ya se encuentra satisfecho con la punición de las conductas venales que originan enriquecimientos, pero no explicaría por qué se reprime igualmente al funcionario al que no se le ha podido probar el origen delictivo de tal incremento patrimonial.

Por ello, ya en el ensayo anterior preferimos una idea que considerara también el valor del republicanismo, por el cual los funcionarios públicos deben dar explicaciones sobre sus actividades y, así, el núcleo del delito radica en *no explicar* un incremento patrimonial, y en que esa explicación debe ser conforme a Derecho (justificar).

Esta idea permite descartar la hipótesis de que el funcionario que prueba que se enriqueció mediante la comisión de delitos cumple con

¹⁴ De modo que no logramos entender la disidencia de Magariños. Su identificación con el bien jurídico sostenido en el texto se torna patente cuando emplea las expresiones "deber de exhibir un desenvolvimiento patrimonial austero" o "no resulta socialmente adecuado" un enriquecimiento de los funcionarios.

el mandato y no incurrir en el delito del artículo 268 (2) del Código Penal. En esta clase de argumentos se confunde un problema de tipicidad con uno de *non bis in idem*, que procesalmente se resuelve mediante la alternatividad de las acusaciones (Maler), porque de lo contrario se estaría castigando al funcionario dos veces por el mismo hecho: por cometerlo y por no justificarlo.

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). Eso es lo ilícito. Allí finca la lesión al bien jurídico. Después veremos que en estos casos puede admitirse la prueba posterior (recurso de revisión) de la ausencia de uno de los elementos de la situación típica generadora del deber. Pero ello no obsta a que el funcionario sea punible, si no quiere justificar un enriquecimiento ilícito, si esto último nunca se prueba.

Esta óptica puede generar las más amplias controversias desde el punto de vista político-criminal pero, como dijimos, no deben confundirse los niveles de análisis. Si el legislador ha comprobado y decidido que constituye un valor que los funcionarios públicos guarden determinada imagen, y luego ha instrumentado la forma de resaltar ese valor mediante la conminación de sanciones, podrá discutirse su conveniencia, pero ello no conduce necesariamente a una tacha constitucional.

Este modo de encarar la cuestión permite descartar todas aquellas observaciones sobre la constitucionalidad del artículo basadas en que se trata de un delito de "recogida" en violación a los principios de legalidad y de inocencia, creado por el legislador ante la evidencia diaria de no poder probarse la comisión de otros delitos que son causa del enriquecimiento. Entiéndase bien que, en este punto, nada decimos sobre su conveniencia política-criminal o la menor o mayor fortuna de su redacción desde el punto de vista técnico-jurídico-penal. El delito nos parece una rareza, pero ahí está y no encontramos reparos constitucionales.

En tales situaciones habría dos hipótesis distintas: una, el bien jurídico lesionado con el delito que dio lugar al enriquecimiento, se

pueda o no probar, y que se refiere a actos más o menos precisos definidos en los otros tipos penales (exacciones, concusión, cohecho, malversación, peculado, etc.). Otra es el bien jurídico lesionado mediante la situación real de un funcionario cuyo patrimonio se ha incrementado injustificadamente.

En este delito, es muy probable que el enriquecimiento pro venga de un delito cometido en razón de la función y que no se pueda probar. También puede provenir de otra clase de delitos. A la ley esto no le importa, y ella tampoco pretende punir una presunción de que el funcionario se enriqueció en la función. La ley no sólo quiere que los funcionarios sean honestos, transparentes, probos, que se dediquen enteramente a la función, etcétera, sino también que lo parezcan. Si el funcionario tiene una banda que comete robos y con eso se enriquece, el delito también funciona, quizás porque valorativamente los habilitantes y sus legisladores no deseen tener un funcionario que, además de su función, se dedique a cometer otros delitos. Peor aún, como dijimos, el artículo 268 (2) del Código Penal también funciona si el enriquecimiento tiene origen lícito, pero no lo sabemos porque el autor se niega a cumplir con el deber de justificar.

La doctrina se extraña de esta situación. Pero esa extrañeza está basada en una mezcla de problemas de fondo y de prueba. Sabemos que el ladrón no puede ser castigado por el enriquecimiento de la cosa por el sustraída. Sin embargo, todos los días son "procesadas" por el sistema punitivo personas a las que no se les puede probar que han intervenido en la sustracción de una cosa y se las condena por enriquecimiento. Nadie se alarma de esto, porque estamos muy acostumbrados a su funcionamiento. Separamos el aspecto dogmático de la relación delito precedente-enriquecimiento, y después deparamos a los procesalistas el estudio de las reglas para determinar en cada caso concreto si el mismo sujeto ha intervenido en uno u otro. ¿Por qué no se dice que el delito de enriquecimiento funciona como una norma de sospecha o de recogida por todos los delitos contra la propiedad que no se le pueden probar a la misma persona?

Situaciones similares ocurren con los resultados a partir de los cuales se construyen reglas que aplican para los delitos de acción o de omisión que pueden alcanzarlo o generarlo. Existe infinidad de casos en que

no es posible *probar* (es decir, no es un asunto dogmático-penal) que el autor haya causado el resultado y, sin embargo, se establecen reglas de imputación basadas en la omisión de evitar ese mismo resultado, porque "valorativamente" son equivalentes¹⁵. ¿Por qué no se dice que todos los delitos de omisión impropia *creados* por la doctrina y no previstos por el legislador son delitos de recogida, porque nos da lo mismo que el autor haya causado un resultado o que haya permitido que ese resultado se produzca? Este interrogante puede parecer disparatado, pero piénsese en la triste historia de nuestro país que generó la sanción de los delitos previstos en los artículos 144 cuarto y 144 quinto del Código Penal, para sancionar a funcionarios públicos de los que en la realidad no se puede probar su intervención directa en la tortura de detenidos¹⁶.

En Derecho, lo perfecto no siempre es amigo de lo bueno.

V. Estructura típica. La estrechez de las clasificaciones dogmáticas

No está claro si se trata de un delito de acción, omisión o complejo¹⁷. La ley sólo describe la consecuencia dada por una diferencia patrimonial que objetivamente aparece como injustificada e impone un deber.

Los autores pretenden examinar el tipo penal partiendo de rígidas clasificaciones que han adoptado previamente, de las cuales hacen depender los requisitos que sine qua non exigen al tipo penal. La rigidez de sus clasificaciones conduce, como es fácil prever, a excepciones o subclasificaciones cuando aparece un nuevo ejemplo, una crítica fundada o algo "no cierra". Seguimos olvidándonos de que las clasifica-

¹⁵ Lo cual tampoco es tan sencillo afirmar. NINO, Carlos Santiago, *¿Da lo mismo omitir que actuar? (acerca de la valoración moral de los delitos por omisión)*, en L. L. 1979-C-801.

¹⁶ No es éste el lugar para desarrollar el punto, pero debe tenerse en cuenta que existe gran cantidad de delitos en los cuales el legislador no describe ciertamente la conducta para llegar al resultado típico, y en esos casos nos limitamos a sostener que ese resultado se puede conseguir por cualquier medio, sin mayores consideraciones sobre una posible violación al principio de legalidad.

¹⁷ Por ej., el art. 302, Cód. Pen., que reprime el cheque sin fondos.

ciones no son la ley, producto del soberano, y de que sólo son herramientas de trabajo del jurista para que su aplicación sea racional y descarte la arbitrariedad¹⁸.

Así, algunas clasificaciones de la dogmática fueron adoptadas en otro contexto, signado por imposiciones normativas del propio sistema jurídico en las que abrevan.

Por ejemplo, los delitos impropios de omisión son regulados específicamente en Alemania¹⁹, España²⁰, Italia²¹, etcétera, de donde surgen la mayoría de los penalistas contemporáneos, estableciendo los requisitos que permiten su equiparación con un tipo activo. Estas definiciones legales fueron producto de la obra de autores que lograron imponer su opinión en un determinado contexto histórico-político. Pero debe quedar en claro que no tenemos por qué atarnos a una determinada clasificación y a sus elementos porque, por ejemplo, no tenemos una ley que nos explique cómo deben funcionar los delitos de omisión impropia y, esencialmente, debemos verificar cómo lo hacen en nuestro sistema.

En este sentido, se suele señalar que en el delito del artículo 268 (2) del Código Penal el funcionario requerido que se enriqueció mediante la comisión de delitos no estará en condiciones de cumplir con el mandato de la norma, éste es, justificar o probar el origen legítimo de los bienes que constituyen el incremento patrimonial apreciable, y,

¹⁸ El esfuerzo que realiza Magarinos en ese sentido (ob. cit.) es realmente notable, aunque la explicación de nuestra discordancia merecería otro trabajo.

¹⁹ Código Penal alemán, art. 13 (1): El que omitiere impedir un resultado que integra el tipo de una ley penal, será punible conforme a esta ley siempre que jurídicamente tenga que responder porque este resultado no se produzca y cuando el omitir corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer.

²⁰ Código Penal español, art. 11: Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitiente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente.

²¹ Código Penal italiano, art. 40: No impedir un evento, que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo.

por ende, no puede tratarse de un delito de omisión. Pero como esto tampoco funciona así en infinidad de casos de los más comunes delitos de omisión pura y simple, la doctrina tuvo que crear una explicación supletoria para considerar igualmente típicos de omisión los casos en que el sujeto "se coloca" ex profeso en posición de no poder cumplir con el mandato de la norma cuando se presente en el futuro la situación típica²².

Se dan ejemplos de imposibilidad de probar el origen lícito del enriquecimiento que, en realidad, son cuestiones de culpabilidad (ej. de la amante, cuya existencia no quiere revelar).

También se confunden cuestiones probatorias con supuestos de la teoría del delito. Si no puede probar que su amante lo mantiene o que heredó una fortuna del extranjero, cabe precisar dos cosas: una, que cuando comienza el proceso de acumulación de dinero debería precalcularse de su eventual futura justificación, porque un funcionario, repetimos, debe tener las cuentas claras ante la ciudadanía. Véase que su situación es más grave, por premeditación, que la de quien se encuentra sorpresivamente frente a la situación generadora del deber. La otra, que bastará con que aporte elementos mínimos de esa justificación para que sea el fiscal quien deba destruir su explicación.

Una cosa es "justificar" como verbo del tipo penal y otra es "justificar" como asunto de prueba. Muchos no ven la distinción, que es similar—terminológicamente hablando— a la de la legítima defensa o el estado de necesidad (justificantes) que el imputado o el fiscal pudieron o no probar, y con total independencia del asunto de la carga de la prueba. El funcionario imputado puede no probar su justificación y, viceversa, puede ocurrir que el fiscal no pueda destruir el estado de inocencia que derive de una explicación razonable.

²² Así se dijo: "En la estructura del tipo omisivo, la tipicidad objetiva de la conducta en la forma o grado de la tentativa surge ya cuando el sujeto se coloca en un estado o situación que le impide realizar la conducta debida. Llegado el momento de la realización de la conducta y no realizada la misma, tenemos la tipicidad omisiva consumada, pero cuando el sujeto se coloca en situación de no poder realizar la conducta debida, el colocarse en esta situación es usualmente un acto de tentativa al menos" (ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte general* cit., t. III, p. 442).

En definitiva, en la Argentina está legislado de ese modo, y no es correcto cuestionar su constitucionalidad porque su redacción y funcionamiento no respeta todos y cada uno de los elementos de alguna clasificación más o menos aceptada por los científicos. Se trata de un examen que se desarrolla en otro plano.

Así, en caso de que el enriquecimiento proviniera de un acto ilícito, el elemento "posibilidad física de realización de la acción mandada" no se configura, pero porque el autor se colocó previamente en situación de imposibilidad de actuar.

Para nosotros la construcción que mejor explica el delito es la de la omisión, que no se corresponde a un tipo activo.

No vemos inconveniente en que el centro de imputación a nivel de la tipicidad esté constituido por colocarse en situación de imposibilidad de justificación cuando el origen es ilícito, o en el no justificar pudiendo hacerlo cuando el origen es lícito.

Cuando un funcionario público se enriquece ilícitamente ya sabe que no podrá justificar la lícitud, de modo que sostener que al momento de pedirle explicaciones sobre su incremento patrimonial no estará en condiciones de darlas, es decir, de cumplir con la acción mandada por la norma, parece una exigencia un tanto curiosa. El guardabarreras que se va a tomar un café a sabiendas de que mientras ello ocurra pasará el tren, obviamente no está en condiciones de cumplir con la acción mandada (bajar la barrera) cuando está pasando el tren. Ahora bien, aquí se podría decir que el ejemplo no es bueno porque ocurren dos momentos bien diferenciados y que el primero, la situación generadora del deber, ocurre con prescindencia de la actividad del sujeto, quien, después, omite. Sin embargo, creemos que vale porque enriquecerse ilícitamente puede diferenciarse ontológicamente (aunque no espacial o temporalmente) del omitir su justificación. Existen enriquecimientos sin actividad alguna del sujeto, tanto lícitos como ilícitos. Los primeros perfectamente previstos en el Código Civil como formas de incremento del patrimonio (aluvión, herencia). Los segundos encajarían dentro de los llamados enriquecimientos sin causa que también son considerados antijurídicos o indebidos (una pareja de novios no tiene vivienda; el padre de la novia le ofrece parte de su terreno para que edifiquen, después se pelean y el novio reclama lo invertido. El

padre de la novia no "hizo" nada²³. Esto prueba que enriquecerse, para el Derecho, puede o no ser una acción y, si lo es, puede o no coincidir temporalmente con la justificación de ese incremento patrimonial o su omisión.

Todo este entuerto deviene de la complejidad de las conductas humanas y su imposibilidad de describir las acabadamente. Toda acción descripta por el legislador como un delito activo doloso encierra, a su vez, infinidad de omisiones que no son mencionadas en la ley. Así, el legislador podría haber invertido la redacción y definir el homicidio como el no evitar la muerte de una persona estando obligado a hacerlo, aunque quizás no lo hizo porque ello conduciría a una ampliación incommensurable de los casos atrapados por esa ley.

En lo que aquí interesa, consideramos que el delito no consiste en enriquecerse ilícitamente, no sólo porque esa conducta activa no está descripta 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 espacialmente separable): el no cumplimiento de justificar la procedencia lícita. A nuestro modo de ver, como ya se dijo, se trata de un delito de omisión²⁴, expresamente redactado por el legislador, y que no es equiparable a un tipo activo, como ocurre con algunos impropios de omisión como la retención indebida (art. 173, inc. 2º), la no justificación de la salida o existencia de bienes para el quebrado (art. 176, inc. 2º), el incumplimiento de deberes de asistencia familiar, la no liberación o soltura de un detenido o preso (art. 143, inc. 1º), el funcionario que demora injustificadamente un pago o que rehúsa entregar los efectos custodiados o administrados (art. 264), etcétera²⁵. Claro está, cada uno de estos delitos tiene sus particularidades y forma de presentarse en la realidad, la que a veces puede "molestar" a las estructuras de las clasificaciones previas.

²³ ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones. Civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 727.

²⁴ Para diferenciar la omisión propia de la impropia se han seguido tres sistemas: a) limitando los de omisión impropia a los no escritos; b) sosteniendo que en los delitos de omisión propia se infringe una norma de deber y en los de omisión impropia por su círculo de posibles autores (garantes).

²⁵ ZAFFARONI, ob. cit., t. III, p. 458.

La situación generadora del deber de justificar se nutre de los elementos:

La condición de funcionario público, que pone en conocimiento previo a todo aquel que va a asumir una función (advertencia de la ley previa) acerca de que no es ésta la vía para hacerse rico ni guardar su patrimonio de la vista de los ciudadanos. No advertimos ningún inconveniente constitucional en que a los funcionarios públicos se les exijan determinados deberes como requisito previo y permanente, desde el inicio y durante el ejercicio de la función pública (y posterior vinculado a aquella). Si determinadas personas no quieren cargar con esta obligación, que no sean funcionarios. Existe una asimilación incorrecta entre las garantías de las personas y las de los funcionarios. Las garantías las tienen las personas, sean o no funcionarios, pero estos últimos tienen deberes que no tienen las primeras y la exigencia de su cumplimiento no viola ninguna garantía personal²⁶.

El objetivo, comprobado, notorio, apreciable y desproporcionado a sus ingresos incremento patrimonial. Esta situación fáctica no es necesariamente un acto de enriquecerse, como ya se expuso anteriormente, lo que permite descartar se trate de un delito doloso activo. Se trata de una situación objetiva que genera la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico (imagen de transparencia). Es "objetiva" porque una persona se puede enriquecer de muchas formas distintas de la adquisición consciente y voluntaria de bienes.

El debido requerimiento de justificación y su omisión. La expresión "debidamente requerido" debe entenderse como el debido proceso legal, es decir, una imputación que surge de un proceso en el que cuente con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y donde se le respeten los derechos de aportar prueba y ser oído. No tiene por qué ser un acto administrativo formal, dado por un funcionario administrativo, fiscal o juez. Se le han dado tintes demasiado formales a la expresión "debidamente requerido" y es curioso que el legislador nunca haya reglamentado eso²⁷, quizás porque, como dice Sanciinetti, el hecho

²⁶ GULLCO y BRUZZONE, ob. cit., y la teoría de los actos propios y la renunciabilidad de los derechos.

²⁷ La Ley de Ética Pública (25.188) no cambia la situación, ya que el procedimiento

de que el requerimiento de justificar fuese un acto formal de la administración tampoco eliminaría las objeciones constitucionales del objeto el precepto.

Este elemento del tipo penal no debe ser confundido con un acto formal dentro o fuera del proceso penal, porque ello constituiría una inadecuada identificación de cuestiones que hacen al tipo penal con elementos procesales. No es el legislador penal el que indica cuál debe ser el debido requerimiento de justificación. Esta distinción demuestra que existen muchos preceptos basados en una identificación incorrecta entre asuntos procesales y penales. Se critica que la intimidación se haga en la declaración indagatoria. Pues bien, si ese es el problema, eliminemos la declaración indagatoria, como ocurre en cualquier procedimiento acusatorio. Existen otros delitos que también se consuman en los tribunales, que no parecen haber llamado la atención de la doctrina y que, además, son cometidos por particulares: por ejemplo, artículo 112 del Código Penal. Pensar que las calumnias e injurias equívocas o encubiertas de dicho artículo 112 son las mismas que las de los artículos 109 y 110 del Código Penal ofrece serios reparos a poco que se aprecie que se les depara la mitad de pena y que una intimidación del juez para que el imputado brinde explicaciones, conminada con pena si se rehúsa a darlas, violaría francamente la cláusula contra la autoincriminación. No hay otro camino que tratarlo como un delito de omisión y considerar que las calumnias e injurias del 112 son otras que las de los artículos 109 y 110 respectivamente.

Si al terminar un juicio criminal alguien se preguntara cuál fue el acto en el que se le formuló el debido requerimiento, se podrían encontrar muchas respuestas. 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 constitucionales. Pero no debe confundirse aquel asunto dogmático con el debido proceso, toda vez que antes de su realización, todavía no sabemos ni se ha probado

que se enriqueció ilícitamente y que, por ende, no podrá justificar. El calificativo de ilícito de tal enriquecimiento se podrá colocar después de la omisión de justificar por qué la ley no reprime una determinada forma de enriquecimiento, sino su no justificación.

En cambio, si el funcionario sospechado se enriqueció legítimamente (lo cual, en la realidad, todavía no sabemos), el debido requerimiento podrá ser un acto administrativo, el requerimiento fiscal de instrucción, la indagatoria, la defensa, etcétera (según las distintas etapas de cada Código Procesal Penal).

Creus²⁸ dice que el enriquecimiento no integra la conducta típica ni se trata de una condición objetiva de punibilidad ni de procedibilidad, sino que se trata de algo previo a la acción típica. La conducta típica es la de no justificar. Admite la aplicación de la figura aun frente a un enriquecimiento lícito. Explica que quizás la desviación interpretativa provenga de denominar al delito como *enriquecimiento ilícito* y no como *no justificación del enriquecimiento*.

Es posible que ello sea así. Parece evidente que se trata de *no justificar*. Lo que no dice la ley es cuándo y cómo se debe hacer esto, y esa indefinición no aparece como inconstitucional per se.

En cuanto al testafiero, su previsión legal no indica que el del funcionario sea un delito de comisión. La situación de la persona interpuesta es distinta de la del funcionario omite. Se trata de una persona que ayuda al funcionario a disimular los bienes, lícita o ilícitamente habidos. De ese modo el funcionario no justifica todo lo que realmente es de él y debería justificar. Es un colaborador en la falsa justificación, es decir, en la justificación de menos de lo que debe justificar. Lo ayuda a tener un deber menor o, como contracara, a no tener que justificar parte de su patrimonio real, a nombre del testafiero.

VI. Justificar no es probar

Justificar²⁹ tiene muchas acepciones, por lo que aquí debe buscarse un contenido que satisfaga las reglas de interpretación ya mencionadas.

²⁸ CREUS, *Delitos contra la administración pública* cit., ps. 417 y ss.
²⁹ Según el *Diccionario de la Real Academia Española* justificar significa: Hacer

No se trata necesariamente de servirse solamente de una acepción técnico-jurídica, o si se quiere normativa, de este elemento del tipo, sino de encontrar aquella que sin forzar el sentido común de las palabras se adecue razonablemente a todos los demás términos que están en-garzados en un sistema y con los que debe coexistir evitando las con-tradicciones.

Así, la palabra justificar indica un doble origen: el de probar algo y el de que esa prueba se adecue a parámetros de justicia. No de una justicia inmanente, sobrenatural, sino de aquella que es a la única a la que podemos hacer referencia en nuestra condición de simples mor-tales en un Estado de Derecho: aquello que es de acuerdo a Derecho. Cuando se habla de causas de justificación nos referimos a las circunstancias fácticas que se ajustan a Derecho y no solamente a las que permiten contestar por qué una persona realizó algo, y por ello estas últimas permiten borrar la anti-juridicidad. No se trata de la prueba causal, racional o psicológica de por qué ocurrieron determinadas cosas, sino además de que ellas fueron jurídicas, de acuerdo con el sistema legal.

Un incremento originado en un delito no es justificado. En todo caso es demostrado, pero justificar es más que eso: significa probar, demostrar, que el incremento es lícito.

Una interpretación contraria conduciría a consecuencias desvaliosas y contradictorias, como seguidamente se verá.

En este sentido, el requerimiento de justificar la procedencia podría ser constitucional por algunas de las razones que el mismo Sancinetti explica al tocar los argumentos que se han dado en defensa del tipo. La posición del omitente es la de funcionario público y él sí tiene la posibilidad de justificar la procedencia del dinero. Si demuestra que se enriqueció mediante la comisión de cualquier delito, esa prueba sería una demostración en el sentido vulgar del término, pero no una justificación en el sentido jurídico, ya que no sería legítima, con lo

Dios justo a uno dándole la gracia. Probar una cosa con razones convincentes, testigos o documentos. Rectificar o hacer justa una cosa. Ajustar, arreglar una cosa con exac-titud. Probar la inocencia de uno en lo que se le imputa o se presume de él. Igualar el largo de las líneas según la medida exacta que se ha puesto en el componedor.

cual el delito del 268 (2) quedaría consumado (no así su intervención en el delito del que derivó el enriquecimiento)³⁰. Y esto no constituye una obligación de declarar contra sí mismo, porque objetivamente el juez tiene que probar el aumento apreciable y *no justificado* de su patrimonio, y es sobre ello que se lo invita a declarar. Es lo mismo que preguntarle a cualquier persona por qué omitió prestar auxilio cuando pudo hacerlo sin riesgo personal (art. 108). Enseguida veremos por qué tampoco viola la cláusula contra la autoincriminación si se mira este requerimiento de justificación desde el punto de vista del delito que estaría reconociendo cometió para enriquecerse.

Este elemento del tipo, como todos, debe ser comprendido por el dolo del autor. No debe ser confundido con la invocación de alguna causa de justificación³¹.

VII. Algo más sobre la posibilidad física de realización de la acción mandada

Los argumentos que se apoyan sobre la imposibilidad de realización de la acción mandada de justificar en cierta forma barrerían con la constitucionalidad de todos los delitos de omisión impropia expresa-mente previstos en la ley, muchos de los cuales ya fueron citados. De nada le valdrá al imputado de retención indebida demostrar que no tenía posibilidad de devolver porque dispuso de la cosa que tenía obligación de devolver antes del cumplimiento del plazo, ni al ex esposo probar que no tenía dinero para cumplir con los alimentos si lo des-pilló antes del día en que debía abonarlos, ni al contribuyente acreditar que al momento de deber ingresar al Fisco las sumas retenidas

³⁰ Antes de la reforma, esa prueba no podía ser utilizada para enjuiciarlo por otro delito.

³¹ Magariños (ob. cit.) confunde el significado que asignamos al verbo "justificar" para remarcar que no es sinónimo de "probar" — con las "causas de justificación" — y nos asigna erróneamente la idea de que la omisión de justificar es la omisión de invocar una causa de justificación que excluya la antijuridicidad. Así dice que: "por lo tanto, si el requisito de no justificación exigido en el art. 268, inc. 2º del Cód. Pen., es un especial elemento del deber jurídico, no es correcto interpretarlo como una exigencia impuesta al autor de invocar, alegar o acreditar causas de justificación..."

oportunamente por impuestos o contribuciones carecía de fondos para hacerlo³². Pero esto debe analizarse en cada caso, porque el momento consumativo, donde nace y se consuma la obligación de hacer, cambia según el delito de que se trate. La teoría general de los delitos de omisión—propia e impropia—debe ser ajustada a cada tipo y bien jurídico protegido.

La consecuencia de esto es que si el funcionario se enriquece ilícitamente pero no justifica, también comete este delito, porque el bien jurídico igualmente será afectado ya que todos los ciudadanos no confiarán en la transparencia de su mandatario. Las injusticias que alarman a la doctrina son de laboratorio y, como se ha dicho, pueden ser subsanadas, sin que conmuevan la solución dogmática que se viene exponiendo. Se trata de que cuando un funcionario público ve incrementado su patrimonio por cualquier causa, él ya conoce que deberá justificar y, sin embargo, se coloca voluntariamente en posición de no poder demostrar, es decir, en incapacidad de realizar la conducta debida. El elemento omisión de justificación futura se manifiesta después como consecuencia de que ex profeso se colocó en esa situación.

Además, la obligación de justificar el incremento patrimonial no implica la obligación de confesar un delito, pues ese enriquecimiento pudo obedecer a otras causas. En cuanto a la intimidad o privacidad, cabe señalar que se trata de procesos contra funcionarios públicos donde su intimidad está seriamente restringida, y que los procesos penales son parcialmente secretos, de modo que aunque ahora esté derogada la última frase del artículo 268 (2), nadie debería enterarse de situaciones íntimas que originaron el enriquecimiento y que son presentadas por el funcionario para justificarlo.

Se ha cuestionado la injusticia de castigar a la persona-funcionario que se ha enriquecido ilícitamente, pero que no está en condiciones de justificar, porque ello revelaría situaciones íntimas que prefiriere dejar en el secreto. Es el ejemplo de funcionario/a mantenido/a por su amante. Para insertar un poco de dramatización al caso, podemos agregar que el/la amante mató al vecino y nuestro/a funcionario/a no desea verlo/a entre rejas, de modo que decide confesar falsamente que fue el autor

³² CSJN, 31-10-97, causa L. 269, XXXII, "Lambruschti, Pedro Jorge s/Ley 23.771".

de ese homicidio. Este agregado pone de manifiesto la inconveniencia de acudir a asuntos probatorios para resolver cuestiones de Derecho Penal. Pero, además, la interpretación del texto de la ley debe respetar el principio político-constitucional por el cual los ciudadanos tenemos el derecho de saber de qué viven nuestros funcionarios y nos preocupa seriamente que el sueldo del Estado no les alcance para hacerlo sin tentaciones externas o la manutención de terceros. De modo que el funcionario también deberá justificar que otra persona colabora con su enriquecimiento, aunque ello le depare un costo sentimental, familiar o de cualquier otra índole. No se trata de que esté prohibido que los funcionarios tengan amantes o de que deban revelar su existencia, sino de que los ciudadanos tenemos derecho a saber cómo se conforma su patrimonio.

VIII. Clausula contra la autoincriminación compulsiva

La clausula del artículo 18 de la Constitución Nacional permite preguntarle (intimación) a un imputado sobre los elementos del delito que se le imputa y que se encuentran acreditados en la causa hasta ese momento³³. La intimación a declarar sobre esos elementos o a aportar documentos que pueden ser incriminantes o no no puede tener otro carácter que el de una invitación, y por ello es que debe ir acompañada de la noticia de que la negativa a responder o colaborar con la investigación no será usada en su contra. Pero lo concreto es que si esa advertencia no se llevó a cabo y el imputado contestó las preguntas o acompañó la documentación y/o elementos, ese solo hecho en sí mismo no viola la clausula contra la autoincriminación. Se trata de una irregularidad procesal muy grave que lesiona el derecho de defensa y el debido proceso, pero no la clausula contra la autoincriminación que rige frente a los casos de temor y error.

El imputado tiene derecho a saber qué se le imputa porque ésta es la única manera para una defensa adecuada, pero en lo que a la autoincriminación se refiere, la Constitución no dice que a una persona

³³ Serían elementos previos: el enriquecimiento patrimonial apreciable (no explícito) por sus ingresos después de una investigación seria) y no justificado de un funcionario.

debe hacerse saber que tiene el derecho a negarse a declarar y que su negativa no será usada en su contra. Lo que la Carta Magna prohíbe es engañar, coaccionar o valerse del engaño, coacción o estado mental de conflicto en el que se encuentra una persona.

Aquí corresponde recordar que la cláusula contra la autoincriminación compulsiva mantiene su vigencia aunque en el respectivo ordenamiento procesal no exista la llamada declaración indagatoria tomada por un juez. De modo que no debe identificarse el principio con el lugar y modo donde éste se realiza o viola. Esta advertencia no es tenida en cuenta debidamente por quienes consideran que la redacción del artículo 268 (2) del Código Penal viola por sí misma la mencionada garantía constitucional.

En consecuencia, el problema del carácter coactivo (y en este sentido tachado de inconstitucional) del "no justificar" el incremento patrimonial se diluye considerablemente cuando en el acto procesal de que se trate se requiere por el enriquecimiento que la acusación ya debe contar con elementos independientes y objetivos, demostrativos de un apreciable (desproporcionado) incremento del patrimonio, el que, pese a las pesquias objetivas (peritajes contables, estudio de la documentación, etc.), no encuentra justificación en los ingresos que el funcionario debía tener. La intimación o requerimiento como elemento del tipo tiene naturaleza distinta del acto de la indagatoria o de ejercicio del derecho de defensa. Lo que confunde es que en la práctica de nuestro procedimiento ambos supuestos generalmente se llevan a cabo en el mismo acto, lo cual, a nuestro modo de ver, constituye un error que debería ser salvado. Deberían separarse y así, en la declaración indagatoria, invitar al funcionario a declarar no sólo sobre el enriquecimiento objetivamente injustificado, sino también sobre su anterior negativa a justificar, ya que esta última constituye un elemento del tipo.

Esta intimación procesal (en nuestro Código, declaración indagatoria) es un acto de defensa, y lo que se valorará negativamente en su contra no es el silencio, sino aquellos datos objetivos demostrativos de su incremento patrimonial *sin razón o justificación* alguna. La generalización de la interpretación contraria conduciría a que ninguna persona sospechada de cualquier delito pudiera ser indagada o inquirida en cualquier momento del procedimiento de que se trate, porque esa

intimación a producirse sobre la prueba que obra en su contra implicaría o sería tomada como una situación de coacción (en el plano procesal) y de consumación del delito (en el plano dogmático-penal).

Como cualquier otro delito, durante el proceso el imputado debe refutar los cargos en su contra, corriendo con la ventaja constitucional del principio de inocencia y del *in dubio pro reo* que deben ser des-truidos por el acusador, y si a su término o en las etapas procesales correspondientes esto no se logró, habrá perdido.

Preocupa a un sector de la doctrina³⁴ que una explicación posterior de la licitud del enriquecimiento igualmente mantenga la condena del imputado que no justificó el incremento patrimonial.

Sobre este asunto, muy serio por cierto, deben trazarse algunas reflexiones. La sensación de injusticia puede provenir porque se está pensando en un delito de comisión, donde la conducta típica consistiría en enriquecerse ilícitamente. Para ellos, no se trata de un delito de omisión, como el de omisión maliciosa de presentar una declaración de bienes cuya materialidad está completa aunque fuera de término la presente. A quienes así piensan les queda el camino de las reglas del juicio de revisión de sentencias, que como excepción al principio de cosa juzgada se asienta sobre la falibilidad de los juicios humanos. La verdad absoluta no existe y por una cuestión convencional nos conformamos con la verdad jurídica. Para quienes se inclinan por la idea de que el núcleo del delito consiste en enriquecerse, además de tratarse de un asunto procesal, la prueba de la licitud del incremento patrimonial eliminaría totalmente la lesión al bien jurídico que ellos creen está por encima de la norma.

Para quienes pensamos que se trata de un delito de omisión, la solución puede o no ser similar (no igual) a la anterior. En el caso de justificación "objetiva" de bienes (por ej., por casualidad o por un tercero) podría revisarse la condena por inexistencia de lesión al bien jurídico, siempre y cuando se lo entendiese como el interés social en conocer de qué vive el funcionario y cómo incremento considerablemente su patrimonio, porque ello en definitiva se demostró. Pero se podría responder seriamente que en definitiva la lesión al

³⁴ Por ej. DONNA, ob. cit.

bien jurídico "transparencia" o "imagen de transparencia" se consumó plenamente en su momento y la prueba posterior no es más que una reparación posterior al hecho.

Tenemos serias dudas sobre la "corrección" de una u otra solución, pero existe un argumento que nos inclina por la primera: si con posterioridad a la omisión de justificar del funcionario y a la condena, por cualquier medio se arribe prueba que determine que incremento patrimonial estaba jurídicamente justificado, habría desaparecido uno de los elementos de la situación típica generadora del deber de actuar. Esta se compone del incremento patrimonial apreciable más el requerimiento de justificación, y ambos son los que generan el deber de justificar. Al desaparecer uno de los elementos desaparece la tipicidad toda y esa sentencia debería ser revisada. Desde un plano vulgar podría sostenerse que todo fue un malentendido porque nunca existió un enriquecimiento objetivo y jurídicamente inexplicable.

En cualquier delito de omisión, inclusive por casualidad, puede desaparecer la situación típica generadora del deber. Y eso mismo puede ocurrir en el artículo 268 (2) del Código Penal cuando la no justificación obedece a un requerimiento basado en una falsa realidad (no había objetivamente un incremento patrimonial injustificado porque obedecía a cuentas claras). La justicia y la dogmática descansan juntas en paz. Ahora bien, no deben confundirse estas reflexiones con asuntos probatorios, porque nada impide en la práctica que una persona se autoproclame autora de un delito, y sea condenada si existen otras pruebas que converjan en esa versión. Está claro que estas situaciones resisten la conciencia humana, pero también que ello ocurre sólo cuando nos enteramos.

Otra cuestión que genera la consideración de la cláusula contra la autoincriminación compulsiva se da cuando en declaración indagatoria para dar las explicaciones que considere pertinentes respecto de la prueba que ya obra en su contra, el funcionario relata que se enriqueció mediante un cohecho, homicidio por precio, etcétera. La solución que se propone es que, como ello no es justificar, será acreedor a la pena por el artículo 268 (2) del Código Penal.

Respecto del otro delito que acaba de relatar, más allá de que los delitos que habría cometido el funcionario para enriquecerse serían de

imposible prueba porque su mero reconocimiento no basta (con lo cual nuevamente se diluyen gran cantidad de casos), debe advertirse que esa versión no es una confesión, porque no se lo está interrogando por el segundo delito; en todo caso se trataría de una confesión extrajudicial.

Si se abriera proceso por el segundo delito, es ahí donde debería indagarse previo anoticiamiento de todas las pruebas en su contra, que deben ser previas, y de los hechos que se le imputan. En este segundo proceso también podrá negarse a declarar o no, su negativa no podrá ser usada en su contra y aquella confesión extrajudicial no tendrá ningún valor si no está acompañada de pruebas objetivas.

Pero aun así, si se considerara que la declaración en el proceso por enriquecimiento constituye una autoincriminación prohibida de un segundo delito (anterior en el tiempo y origen del enriquecimiento), debe tenerse en cuenta que nadie lo ha obligado a confesar este segundo hecho y que él lo hace voluntariamente y sin conflicto mental alguno, porque ni siquiera justifica y zafa del primer delito (justificar no es explicar).

Cuando a un individuo se le pregunta por un delito y contesta "pavadas" (porque no le sirven para justificar) que harían presumir que cometió otro delito, no se logra advertir dónde está el conflicto, donde está la coacción o el engaño.

Si el incidente genera la tramitación de dos procesos paralelos por "enriquecimiento" y el otro delito "confesado" que le habría dado origen, el problema no es de autoincriminación, sino de *non bis in idem*, porque no podría condenárselo dos veces por el mismo hecho³⁵; por

³⁵ "Mismo hecho" es una categoría bastante difícil de definir, porque se compone de elementos ontológicos y jurídicos o de significado que el ordenamiento jurídico asigna a un conjunto de hechos. Desde otros puntos de vista, por ejemplo, desde el principio de congruencia, puede objetarse que el acto de matar y la omisión de evitar la muerte de una persona sean "el mismo hecho". Lo mismo ocurre con el delito doloso y el culposos, que producen el mismo resultado. Por eso Julio B. Maier explica una serie de reglas sobre este asunto y sugiere la intimación alternativa de "ambos hechos" para asegurar el derecho de defensa. Pero desde el punto de vista del *non bis in idem*, nos parece, *favor rei*, que no puede juzgarse dos veces a una persona por enriquecerse ilícitamente, esto es, por la comisión de cualquier delito cuyo producto sea económico, y por la omisión de justificar ese incremento patrimonial.

cometerlo y por no justificarlo. Lo mismo ocurre con el homicidio y la omisión de auxilio o el abandono de persona con resultado de muerte; con la tortura y con la omisión de evitar la tortura.

Esto ha de quedar claro con un ejemplo. Si una persona circula con una cédula de identificación del automotor falsificada, y un agente de tránsito le exige la exhibición de ese documento en uso de sus potestades legales para hacerlo (art. 22, decreto-ley 6582/58, ratificado por ley 14.467 y modificatorias), el conductor no puede invocar la cláusula contra la autoincriminación compulsiva para no exhibir la cédula o, mejor dicho, puede invocarla respecto de la falsificación, pero será castigado por la mencionada infracción o falta que consiste en negarse a exhibir a la autoridad competente la cédula del automotor. Y si la exhibe y se descubre su falsedad, estará incurso en el delito de falsificación y la falta de circular sin la documentación exigida porque la exhibida no es el documento correcto³⁶.

IX. *Non bis in idem* y prescripción

El problema del *non bis in idem* se plantea cuando a un funcionario se le requiere justifique determinados bienes, lo hace y es sobresido. Después aparecen otros bienes de ese mismo período que no habían sido descubiertos anteriormente. Creemos que no habría violación al principio si se lo vuelve a investigar por ellos. El proceso anterior no es un *bis* de indemnidad por un período de la vida, sino sólo por los bienes por los que se lo había intimado.

En cuanto a la prescripción de la acción penal, entendemos que debe comenzar a correr desde el incumplimiento del requerimiento de justificación del incremento patrimonial.

X. Renuncia a garantías constitucionales

También es relativo sostener que no se pueden renunciar garantías constitucionales, porque esto ocurre contractualmente y todos los días

³⁶ RUIZ, Victoria, *El derecho a no autoincriminarse en fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, Año IX, Nº 15, p. 319.

(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 ésta:

—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.

Y hay algo interesante en este asunto: esa renuncia es previa a cualquier posibilidad de autoincriminación por este delito, precisamente porque aún no comenzó a ser funcionario público, que es un requisito esencial del delito. No se trata de cualquier habitante, a quien no se podría hacer renunciar a determinadas defensas constitucionales, sino de un funcionario público que voluntariamente accede al cargo y debe prestigiario.

Sobre esta cuestión se han formulado teorizaciones que consideran apresuradas y que derivan de una incorrecta comprensión de la teoría clásica al respecto, expuesta arriba. Se le hace decir a la teoría lo que ella no dice, esto es, que la tutela de los principios constitucionales en juego habría sido resignada voluntariamente por la persona a partir del momento en el cual decidió asumir la función pública. Y de ahí se pretende refutar que los principios o garantías constitucionales son indisponibles o que no pueden depender de la voluntad individual de quien pueda verse afectado por la actividad penal del Estado, porque definen límites a la actuación penal del Estado que no pueden depender de la voluntad individual. Son valores que se dirigen al Estado y no a las personas, y resultan constataciones a un tipo de organización jurídica del Estado³⁷.

Cuando la teoría clásica se refiere a la disposición o renuncia de garantías constitucionales, el argumento es empleado exclusivamente

para mostrar la diferente situación en que se encuentran los particulares y los funcionarios públicos frente a un requerimiento de justificación de bienes, de modo que a éstos pueden imponerse deberes que a los primeros no. Nada más. Si a la asunción de un cargo público se le asignara el "don" de barrer con todas las garantías individuales de la persona-funcionario público, no habría ninguna necesidad de demostrar posteriormente, como venimos intentando, que el artículo 268 (2) del Código Penal no viola ninguna. El razonamiento *no consiste* en soportar violaciones de garantías constitucionales que el requerimiento de justificación de bienes importa porque el funcionario ha renunciado a su protección, y, por ende, deberíamos entender que no existen esas violaciones constitucionales. Consideramos sí, en concordancia con esa idea, que un requerimiento genérico de tales características a los particulares sería inconstitucional, porque se asentaría en un deber de explicación del origen de sus patrimonios violatorio del derecho de propiedad, de reserva, del de inocencia-culpabilidad, y contraría la cláusula contra la autoincriminación (dicho esto con serias salvedades, para los supuestos de ilícitos tributarios y de particulares que se relacionan voluntariamente con la administración pública, por lo que ahí juegan otros principios basales de nuestra organización política). Pero es equivocada la idea de que el funcionario renuncia a todo esto cuando acepta el cargo. De lo único que se trata es de que en ese momento acepta el deber de justificar bienes cuando se verifica, objetivamente, que se ha producido un incremento patrimonial que no se corresponde con sus ingresos conocidos. Y esto lo sabe no sólo por haber aceptado el cargo, sino porque el artículo 268 (2) del Código Penal reprime sólo a los funcionarios públicos y a los particulares que los ayudan; esa es la ley previa (art. 18, Const. Nac.).

XI. Pena

Si se considerara que la pena es excesiva para un delito de omisión en comparación con otros del mismo título, esto podría dar lugar en el momento de individualización de la pena a que los jueces declarasen su inconstitucionalidad y escogieran una pena menor, pero ello no arrastra a la descripción típica del legislador. La concusión (art. 266),

pese a que viola dos bienes jurídicos, en nuestro país tiene menos pena que el cohecho (art. 256), que viola un solo bien jurídico. Las agravantes de los delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)³⁸ conducen a una pena igual tanto para el que realizó un abuso sexual gravemente ultrajante como para el que cometió violación. Que la pena no guarde proporción no indica nada respecto del precepto. Lo mismo pasaba con el robo de automotores y no se cuestionó la cons-titucionalidad de la figura del robo en sí misma, sino la gravedad de la pena.

Los que razonan que el acto de enriquecimiento tiene su origen en otros delitos contra la administración pública que no se han podido probar traen como argumento la comparación con la pena de otros delitos del título. Pero nadie toma en consideración que la pena es una abstracción que pretende atrapar todos los supuestos posibles. Si una persona se enriqueció como producto de dos cohechos y una exac-ción ilegal, la pena de estos tres delitos en concurso real (art. 55, Cód. Pen.) supera ampliamente la del artículo 268 (2) del Código Penal. Nuevamente, ¿qué argumento de valor hermenéutico nos propor-ciona la pena? Ninguno, porque con el ejemplo dado es posible sostener que la pena está perfecta y hasta que es baja, ya que no "recoge" toda la medida de los delitos cometidos para enriquecerse (que no le po-demos probar, por supuesto).

XII. Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759

Debe tenerse mucha prudencia con la interpretación y aplicación del artículo 268 (2), porque la Argentina ha firmado un tratado inter-nacional que, como tal, tiene jerarquía superior al Código Penal, que es una ley del Congreso³⁹, y en dicha Convención el Estado se ha obligado a adoptar 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 justifi-cado por él. Se agrega además que este delito será considerado un

³⁸ B. O. del 14-5-99.

³⁹ Conf. art. 75, inc. 22, Const. Nac.

acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención y que no será necesario que produzca perjuicio patrimonial al Estado. En cuanto a la referencia a que los Estados deberán incorporar este delito "con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico", creemos que refutadas las tachas de inconstitucionalidad, ese mandato se encuentra satisfecho.

XIII. Conclusión

No es recomendable para interpretar este delito seguir la voluntad del legislador. El bien jurídico protegido es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan. El delito de enriquecimiento ilícito es un delito de omisión. No es identificable el "requerimiento debido" con algún acto formal dentro o fuera del proceso penal. No deben confundirse elementos típicos con cuestiones procesales. Justificar es probar que el origen del enriquecimiento es adecuado a Derecho. Colocarse voluntariamente en situación de imposibilidad de justificar en los delitos de omisión no impide su configuración. El artículo 268 (2) no viola la cláusula contra la autoincriminación, ya que lo que se valora en contra del imputado no es su silencio procesal sino la existencia previa de un apreciable e injustificable enriquecimiento y su omisión típica de justificar. No puede ser generalizado el concepto de que las garantías constitucionales no pueden ser renunciadas voluntariamente. El argumento de que la pena del artículo 268 (2) es excesiva no tiene utilidad alguna y no arrastra al tipo penal.

La Argentina se encuentra obligada internacionalmente en virtud de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) a tipificar este delito.

Aquí solamente ponemos de manifiesto que las tachas constitucionales de las que ha sido objeto este delito no pueden ser presentadas sin considerar la dinámica de los hechos y de los procesos penales, en los cuales se involucran y funcionan las garantías constitucionales. Incluso debe tenerse en cuenta que nuestras refutaciones podrían no ser mantenidas en muchos casos según lo indique la propia realidad.

EL DELITO DE FALSA DENUNCIA

Aspectos generales y su relación con el tipo penal de calumnia

por JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE
y GENOVEVA INÉS CARDINALI

SUMARIO: I. Introducción: elementos generales del delito. II. La relación entre la falsa denuncia y la calumnia. 1. Teoría del concurso de delitos. a) Tesis del concurso ideal. b) Tesis del concurso real. 2. Teoría del concurso aparente. a) Teorías que consideran aplicable el delito de calumnia. b) Teorías que consideran aplicable el delito de falsa denuncia. III. Nuestra opinión. 1. La necesidad de reforma legislativa. 2. La solución provisoria del concurso ideal. IV. Conclusión.

I. Introducción: elementos generales del delito

Mediante el tipo penal de falsa denuncia, previsto en el artículo 245 del Código Penal¹, se intenta proteger a la administración pública pero, específicamente, a la "administración de justicia", puesto que resulta indudable que a través de la denuncia falsa se perturba gravemente su normal funcionamiento y se genera un dispendio jurisdiccional innecesario².

Como lo destaca Gavier, se tutela el "normal y eficiente desenvolvimiento de las funciones propias de la justicia penal, en cuanto a ésta

¹ Establece el art. 245, Cód. Pen.: "Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad". El texto actual responde a la ley 13.569, que sustituyó al texto original. El artículo fue sustituido por el decreto-ley 4778/63, recuperando su vigencia por ley 16.648. También había sido derogado por las leyes 17.567 y 21.338, recuperando su vigencia con las leyes 20.509 y 21.338. El importe de la multa fue establecido por ley 24.286.

² Véase DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 132.

le corresponde, dentro del sistema de la división de poderes del Estado, la tarea específica de investigar, esclarecer y castigar los delitos³. Se trata de una verdadera "instrumentalización ilegítima de la administración de justicia, que se pone al servicio de intereses ajenos a los que le son propios"⁴.

El tipo penal consiste en "denunciar falsamente un delito ante la autoridad", poniendo en marcha innecesariamente el sistema represivo del Estado. Esto supone la concurrencia de los siguientes elementos:

1. La acción típica consiste en "denunciar" el delito, de modo que debe cumplirse con los recaudos establecidos por el Código Procesal para dicho acto⁵. Estamos ante un elemento normativo del tipo que se encuentra regulado por la legislación procesal.

Desde este punto de vista, no cualquier "acusación" o "noticia" falsa de la comisión de un delito da lugar a la configuración del tipo, sino que debe tratarse de una auténtica "denuncia" que se ajuste a las formas previstas en la ley procesal⁶. Extender la aplicación del tipo a otros

³ GAVIER, Ernesto R., *El delito de falsa denuncia*, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Año XXII, julio-diciembre de 1959, p. 319. Sostiene el autor que "en orden a estas funciones de la justicia, es manifiesta la conveniencia y la necesidad de impedir, mediante la amenaza de una sanción punitiva, que la acción de los órganos judiciales sea impulsada por la denuncia de un falso hecho criminoso, que dará lugar a una labor estéril, hará incurrir en gastos inútiles e importará una burla para la magistratura, desprestigiándola. La justicia pública no debe ser engañada ni debe tolerarse que se la haga servir a la pasión o al interés de un denunciante mendaz, cualquiera sea el fin que éste se proponga con la denuncia falsa".

⁴ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, p. 504. Con razón señala el autor que "Quién simula ser víctima de un delito para encubrir otro que ha cometido el propio impositor o para obtener una indemnización, quien se declara responsable de un delito que no ha cometido para distraer la atención del verdadero autor del hecho, quien denuncia una infracción penal inexistente, está desviando a la administración de justicia de sus verdaderos cometidos, alterando su correcto funcionamiento y creando en ocasiones, por añadidura, el riesgo de que se produzcan resoluciones injustas, potencialmente lesivas de derechos o legítimos intereses ajenos".

⁵ GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 339; NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino. Parte especial*, Lerner, Córdoba, t. VII, p. 50.

⁶ Conforme a lo dispuesto en el art. 175 del CPPN: "La denuncia podrá hacerse

supuestos que no han sido expresamente contemplados implicaría una clara violación al principio constitucional de legalidad (art. 18, Const. Nac.) al realizar un razonamiento analógico en contra del imputado⁷. Esto ha llevado, inclusive, a negar la comisión del delito cuando la falsa *notitia criminis* no se formula por denuncia sino mediante querrela⁸. Conforme a las normas procesales, la denuncia puede ser realizada ante el juez (art. 180, CPPN), ante el agente fiscal (art. 181, CPPN) o ante la policía o fuerzas de seguridad (art. 182, CPPN). Cualquiera comunicación o aviso de la comisión de un delito a otro funcionario no constituye una auténtica denuncia y, por lo tanto, queda fuera del ámbito del tipo, aun cuando el receptor de la noticia se encuentre obligado a denunciar el hecho ante la autoridad competente⁹.

En consecuencia, para que el tipo se configure, la denuncia falsa debe ser efectuada ante alguno de los funcionarios específicamente designados para su recepción y que se encuentran obligados a proceder "directamente"¹⁰.

por escrito o verbalmente; personalmente, por representante o por mandatario especial. En este último caso deberá agregarse el poder.

"La denuncia escrita deberá ser firmada ante el funcionario que la reciba. Cuando sea verbal, se extenderá en un acta de acuerdo con el Capítulo IV, Título V, del Libro Primero.

"En ambos casos, el funcionario comprobará y hará constar la identidad del denunciante".

⁷ Como correctamente lo expresara Cavier, "si bien es exacto que de otros modos que no importen denuncia puede también dañarse a la justicia, la ampliación que por ello se hiciera a estas otras situaciones dañosas constituiría una aplicación extensiva de la ley en contra del reo, lo cual está prohibido por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional" (GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 340). Coincide con esta postura Núñez, para quien en el concepto de la denuncia a que se refiere el art. 245 tampoco cabe la querrela, pues esta exige que el delito se impute a un querrellado, lo que excluye el encuadramiento del hecho en el artículo (NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino...* cit., p. 50).

⁹ El art. 177 del CPPN establece que "Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1. Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones".

¹⁰ Como lo explica Donna, "la denuncia mendaz debe ser realizada ante la autoridad, lo cual engloba en dicha terminología a todo funcionario público. Nuestra ley penal no diferencia, como sí lo hace el Código Penal español, entre autoridad judicial o

2. Lo denunciado debe ser un delito y no una simple contravención o infracción administrativa o disciplinaria. Además debe tratarse de un delito de "acción pública", excluyéndose del tipo a los delitos de "acción privada"; pues en éstos la acción no se inicia por denuncia sino —exclusivamente— mediante querrela¹¹. Obviamente, los delitos "dependientes de acción o instancia privada" son, en rigor, delitos de acción pública y, por lo tanto, quedan abarcados en el tipo¹².

3. El hecho denunciado debe ser falso, pudiendo tratarse de una falsedad total —cuando el hecho directamente no existió— o parcial —cuando se alteran alguno de sus elementos esenciales¹³—.

administrativa con obligación de investigar, lo cual nos remite, en principio, a indagar si dicho término engloba a todo funcionario público conforme la interpretación auténtica del artículo 77 del Código Penal, o sólo aquellos funcionarios que por su omisión puedan incurrir en un delito de denegación o retardo de justicia, artículos 272 y 274 del Código Penal. Entendemos que lo correcto es considerar esta última posibilidad, ya que el precepto penal examinado debe interpretarse en un sentido restringido desde el punto de vista de poner el énfasis en que sólo la autoridad competente, esto es, el funcionario policial, el agente fiscal y el magistrado son los órganos naturales establecidos para la persecución y represión de los delitos" (DONNA, *Derecho Penal*, cit., ps. 135 y ss.). En este mismo sentido se expidió la CCCor. de Azul, 29-3-90, "P. C. V. s/Falsa denuncia", Juba, sept. de 2003.

¹¹ Otra opinión sostiene Molinario, para quien si el delito es de acción privada, la denuncia debe estar contenida en una querrela y, por lo tanto, queda limitada a denuncias ante la autoridad judicial que revistan esa forma (MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obartio, Tea, Buenos Aires, 1999, p. 393).

¹² Véase GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 342; DONNA, *Derecho Penal*, cit., p. 134.

¹³ En palabras de Donna, "la falsedad de lo denunciado puede versar sobre la existencia en sí de éste, o bien, modificando en forma esencial las circunstancias que rodean a un hecho" (DONNA, *Derecho Penal*, cit., p. 135). Así lo han entendido también nuestros tribunales: "El tipo penal de falsa denuncia no exige que el hecho denunciado sea inexistente, bastando para su configuración la exposición de circunstancias falsas relacionadas con un hecho verdadero" (CNFed.CCorr., sala I, 9-7-88, "D., R.", L. L. 1988-E-352). En la jurisprudencia española el delito se ha apreciado cuando se denuncia falsamente la sustracción de vales de gasolina (STS de 19-1-53); el hurto de un coche para evitar la posible acusación por contrabando (STS de 6-4-56); el hurto del vehículo que se arrojó por un precipicio para cobrar la indemnización (STS de 30-11-63); cuando alguien se declara autor de un atropello, siendo otro el conductor (STS de 17-3-69); cuando, no habiendo recibido el precio total por el que vendió el coche, se denuncia el hurto del mismo con el fin de que se busque al comprador y pueda recuperarlo (STS de 19-3-74); cuando el propio denunciante es quien ha efec-

Los casos de falsedad meramente parcial han generado enormes dudas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹⁴. Desde nuestro punto de vista, existirá falsa denuncia siempre que se altere algún elemento o presupuesto propio del delito concreto, lo que puede ocurrir cuando:

- a) Se falsen elementos de la "tipicidad" que transforman en delictivo un comportamiento que en realidad no lo es¹⁵, o que producen un cambio en la calificación del hecho¹⁶.
- b) Se alteran elementos que hacen a la "antijuridicidad" de la conducta, por ejemplo, omitiendo falsamente referirse a alguna circunstancia que daría lugar a la configuración de una causal de justificación¹⁷.
- c) Se simulan o falsen elementos que pueden afectar la responsabilidad por el hecho o la culpabilidad del autor¹⁸.

tuado la destrucción de unos recibos, presentándose como víctima del hecho (STS de 24-1-94), o respecto del sujeto que se atribuye la autoría de dos homicidios para excusar a los verdaderos autores, pretendiendo invocar una minoría de edad (STS de 22-9-95) (véase GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 505).

¹⁴ A criterio de González Rus, para que el delito se configure es preciso que se altere la naturaleza del delito, es decir, se modifique o falsee algún elemento que haga al carácter criminoso de la conducta (GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 497). Según Gavier, la alteración "es esencial cuando produce una modificación en el título del delito (defraudación en vez de hurto, partición en vez de homicidio; lesión dolosa en vez de lesión culposa; consumación en vez de tentativa), mediante la suposición de falsos elementos constitutivos, e incluso de circunstancias agravantes representadas por hechos que en sí mismos constituyen delito" (GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 346).

¹⁵ Por ejemplo, en lugar de denunciar un extravío se denuncia un hurto o un robo. También podría darse el delito cuando se denuncia un hecho doloso, sabiendo que el autor obró con simple imprudencia y la forma culpable no se encuentra prevista en la ley.

¹⁶ De acuerdo a esta posición, por ejemplo, cometería el delito la víctima de un robo que en su denuncia expresa falsamente que el autor portaba un arma.

¹⁷ De otra opinión, por ejemplo, Muñoz Conde, quien considera que "la falsedad ha de recaer sobre hechos, no sobre su valoración", de modo que "no comete, por ejemplo, este delito quien denuncia un homicidio, ocultando que hubo legítima defensa, o quien acusa a un funcionario de prevaricación por estimar manifestamente injusta su actuación" (MUNOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 796).

¹⁸ Por ejemplo, cuando el denunciante omite mencionar dolosamente alguna circunstancia que hace a la inexigibilidad de otra conducta en el autor o que éste se hallaba ebrio o padecía alguna alteración psíquica visible.

d) Como veremos en el apartado siguiente, el delito también puede configurarse cuando el denunciante se manifiesta falsamente sobre la autoría, señalando que fue cometido por quien realmente no fue autor¹⁹.

En cambio, no existe falsa denuncia cuando el delito ha existido en la realidad y, simplemente, se introducen circunstancias que no constituyen ningún presupuesto para su imputación. Concretamente, queda fuera de los alcances del tipo la falsedad sobre elementos que hacen a la mayor o menor gravedad de la pena, como ocurre con las agravantes o atenuantes genéricas²⁰.

La falsedad del delito denunciado constituye un elemento objetivo de la tipicidad, de modo que no alcanza con que exista sólo en la mente del autor, sino que debe ser verificado y demostrado en cada caso. Dicho de otra forma, para que el tipo objetivo se configure, el hecho delictivo tiene que ser objetivamente falso, más allá de lo que haya creído subjetivamente el autor²¹.

Por otra parte, basta con que se denuncie falsamente un hecho que es típico²², aunque en la misma denuncia se invoque alguna circuns-

¹⁹ Es frente a esta hipótesis que surge el problema de la diferenciación entre la falsa denuncia y la calumnia, que será objeto de análisis en el apartado siguiente.

²⁰ La jurisprudencia ha señalado que no constituye delito de falsa denuncia la manifestación ante la autoridad de la existencia del delito de hurto, aunque señalando distintas circunstancias de su ocurrencia en cuanto al momento y lugar (CNCRim, sala I, 7-12-92, "Farias, Pedro I.", D. J. 1993-2-417). En el caso, un suboficial de policía había tomado sin autorización un arma a fin de efectuar una custodia de un comercio que luego resultó asaltado, siendo desapoderado del arma en cuestión. Al denunciar el hecho el imputado, con el fin de no involucrarse a sí mismo ni a su compañero, incurrió en falsedad con respecto al lugar en que se habría producido el asalto y a la cantidad de autores. Sin embargo, como correctamente sostiene Castejón en su comentario, no parece que lo adecuado sea negar la tipicidad del hecho sino más bien afirmar una situación de inculpabilidad, pues el delito no puede ser cometido "por alguien que con sus dichos intenta cubrir su propia responsabilidad" (CASTEJÓN, Fernando S., *Falsa denuncia*, en D. J. 1993-2-419).

²¹ GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 496. Muñoz Conde considera que "la ausencia de este elemento objetivo puede dar lugar a alguna forma imperfecta de ejecución, si el denunciante cree erróneamente que la imputación que hace es falsa" (MUNOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 796).

²² No constituye delito de falsa denuncia el denunciar falsamente el extravío de

tancia eximente de responsabilidad (ej., una causa de justificación o inculpabilidad) o una excusa absolutoria pues, como afirma Gavier, "la incriminación de la falsa denuncia obedece al engaño de que se hace víctima a la justicia respecto de la existencia de un hecho que, por su naturaleza delictuosa, debe determinar normalmente un proceso criminal, con el consiguiente daño que representan la pérdida de tiempo, los gastos inútiles, la alarma social y el riesgo de castigar a inocentes"²³. 4. Estamos, sin duda, ante un delito doloso, donde el autor debe tener plena conciencia de la falsedad del hecho²⁴ y, obviamente, de que está formulando un acto de "denuncia"²⁵. Al igual de lo que ocurre con ciertos delitos como la falsedad documental o el falso testimonio, la acción típica parece incompatible con el dolo eventual, exigiéndose siempre dolo directo en el autor²⁶.

En este punto, no debe perderse de vista la evolución dogmática que ha tenido el concepto de dolo eventual²⁷, caracterizándose por una considerable reducción de las exigencias de los elementos cognoscitivo y volitivo. Recordemos que para muchos autores este aspecto subjetivo se configura exclusivamente con la conciencia de la conducta riesgosa.

una chequera, desde que el hecho denunciado no constituye un delito (CNCCor.

sala I, 30-7-93, "A., M. C.", L. L. 1994-A-458).

²³ GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 344. Bien sostiene el autor que "la condición para que un proceso se instaure se da con sólo denunciar un hecho típico, pues las causas que puedan excluir su punibilidad, aunque se las considere desde el primer momento, no cancelan el proceso; ellas deben también ser investigadas y juzgadas dentro del mismo proceso".

²⁴ Véase DONNA, *Derecho Penal*, cit., p. 136.

²⁵ El dolo exige no sólo el conocimiento y la comprensión de los llamados elementos descriptivos, sino también de los normativos, incluso de aquellos que dependan de regulaciones jurídicas, como ocurre con el concepto de "denuncia", regulado por normas procesales. No es preciso que el autor conozca las normas que regulan dicho elemento, sino que basta con la comprensión del "sentido" del elemento normativo. Es suficiente con que entienda que esta poniendo en conocimiento, formalmente, de un hecho delictivo a la autoridad.

²⁶ Véase FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª edición puesta al día sobre la base del *Tratado de Derecho Penal* actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 830.

²⁷ Véase con mayor amplitud, DE LA FUENTE, Javier Esteban, *El concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 10, ps. 553 y ss.

Incluso, quienes parten de una teoría de la voluntad sostienen que en el dolo eventual basta con que el autor se "conforme" o se "resigne" frente al riesgo de producción del resultado²⁸.

Lo expuesto demuestra que se debe ser cuidadoso, en la parte especial, al momento de valorar si un tipo penal admite o no el dolo eventual, siguiendo un criterio restrictivo. Hay ciertas conductas típicas que parecen incompatibles con esta forma de actuar, y ello es lo que ocurre con los delitos que exigen una determinada "conciencia de la falsedad" por parte del autor.

Al tratarse de un delito doloso, cualquier error excluye la tipicidad, por más evitable que haya sido²⁹. El tipo penal analizado nunca puede ser utilizado para castigar a quien formula indebidamente una denuncia como consecuencia de una equivocación o una imprudente percepción de los hechos³⁰.

5. Finalmente, se trata de un delito de acción que no exige ningún resultado material ni de peligro sobre el bien jurídico protegido. El tipo se consuma con la sola presentación de la denuncia falsa ante el funcionario público correspondiente, con independencia de que la acción prospere o no³¹. Aun cuando la denuncia fuera rechazada en la primera providencia, el delito de todas formas queda configurado, pues

²⁸ Con mayor detalle, DE LA FUENTE, *El concepto de dolo eventual...* cit., ps. 566 y ss.

²⁹ El siguiente fallo se refiere—por la fecha en que fue resuelto—al art. 276 bis del Cód. Pen. (falsa denuncia calumniosa, hoy derogado), que en su momento reemplazó al actual art. 245. En él se afirmaba que: "No toda querrela que culmine con sobreseimiento 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 imputable a título de precipitación, excluye el saber que exige la configuración de aquél. Por otra parte, el sobreseimiento 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" (CNCCor., sala VI, 24-7-81, "K., L. L.", BCNCYC 981-VIII-169).

³⁰ Molinario da el siguiente ejemplo: "...si él cree que le arrojaron una maceta desde un balcón, lesionándolo, pero en realidad ésta cayó movida por una ráfaga de viento, su denuncia no es falsa sino equivocada" (MOLINARIO, *Los delitos cit.*, p. 393).

³¹ Véase NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino...* cit., p. 52; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 830; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 1992, p. 319.

mediante esta figura no se pretende castigar un resultado, sino exclusivamente una acción que, desde el punto de vista *ex ante*, resulta peligrosa para el bien jurídico.

La sola presentación ante la policía, ante el fiscal o ante el juez de una denuncia falsa constituye una acción riesgosa para el bien jurídico tutelado—la administración de justicia—y esa sola circunstancia ya habilita la intervención del Derecho Penal. Ello no resulta inconstitucional, pues incluso a la luz del principio de lesividad (art. 19, Const. Nac.), el Estado puede anticipar sus barreras punitivas y castigar conductas “riesgosas”, aun cuando no hayan generado, en el caso, ningún daño o peligro concreto.

No obstante, el delito no puede configurarse cuando ni siquiera desde el punto de vista *ex ante* existe una acción peligrosa para el bien jurídico. Si la denuncia no es idónea para iniciar el procedimiento penal, es decir, cuando ni siquiera potencialmente podría irrogar un perjuicio a la justicia, la conducta debe reputarse atípica conforme al principio constitucional de lesividad (art. 19, Const. Nac.)³².

³² Como ejemplos de denuncias indóneas Gavier menciona los casos en que se refiera a un hecho evidentemente absurdo o contrario al orden natural; a un delito cometido en el extranjero, cuando por él no se pueda proceder en la República; a un delito manifiestamente comprometido en una amnistía; o a un delito perseguible por instancia privada, si la acción no fue ejercida aun por su titular (GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 342). Desde nuestro punto de vista, la mayoría de las situaciones pueden resolverse analizando el “dolo” del autor. Si el sujeto denuncia falsamente un hecho manifiestamente absurdo o contrario a la lógica, no se puede hablar de dolo ni de tentativa. Estaremos en todo caso frente a una tentativa irreal impune. En los demás casos habrá que analizar si el autor conocía o no el impedimento para la persecución penal—ej. amnistía, prescripción o instancia privada—. Conociendo dichas circunstancias no parece posible sostener la existencia del dolo que exige el delito. De ignorarlas, en cambio, estaremos frente a una tentativa indónea punible con arreglo al art. 44, Cód. Pen.

Con respecto a la falsa denuncia contravencional, un criterio más restrictivo del tipo siguen Muñoz y Nogueira, quienes entienden que para que el tipo se configure es preciso que la denuncia genere una actividad de la administración de justicia que importe un avance de la instrucción (MUÑOZ, Damián y NOGUEIRA, Gonzalo, *Las contravenciones contra la administración pública a la luz de la garantía de lesividad*, en *Revista de Derecho Penal, Delitos, contravenciones y faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Nº 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 43 y ss.).

Si bien es muy difícil en la práctica, el delito admite tentativa³³. Tal sería, por ejemplo, el caso del sujeto que ingresa a la mesa de entradas del juzgado o de la fiscalía con el objeto de entregar la denuncia falsa redactada por escrito, pero que debido a la intervención de un tercero no puede formalizar³⁴.

II. La relación entre la falsa denuncia y la calumnia

Sin duda, uno de los problemas fundamentales que se ha presentado con respecto a este tipo penal es la dificultad que existe para diferenciarlo del delito de calumnia (art. 109, Cód. Pen.). Concretamente, el interrogante es el siguiente: cuando el autor de la denuncia falsa imputa el hecho concretamente a una persona, ¿debe ser castigado por el delito de denuncia falsa (art. 245, Cód. Pen.) o por el de calumnia (art. 109, Cód. Pen.)? Básicamente, existen en este tema dos posiciones enfrentadas. Mientras que para un sector debe afirmarse la presencia de un "concurso de delitos", desde otro punto de vista se sostiene que simplemente existe un "concurso aparente de tipos penales".

1. Teoría del concurso de delitos

Para un sector de la doctrina, cuando el autor presenta una denuncia falsa contra una persona determinada deben aplicarse los tipos penales de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.) y de calumnia (art. 109, Cód. Pen.), conforme a las reglas del concurso de delitos.

Si bien ambos tipos tienen elementos en común, no existe concurso aparente ni relación de especialidad, porque también algunos de sus elementos son diferentes.

El tipo penal del artículo 245 de dicho Código sólo puede cometerse cuando la falsa denuncia se formula ante un funcionario público encargado de su recepción (policía, fiscal o juez), poniendo en marcha, innecesariamente, el sistema jurisdiccional del Estado. El delito de calumnia, en cambio, consiste en imputar falsamente la comisión de un delito a una persona, por cualquier medio, aunque no sea mediante una denuncia penal.

³³ Véase DONNA, *Derecho Penal*, cit., p. 137; GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 507.

³⁴ GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 349.

Los bienes jurídicos son claramente diferentes. Mientras que en la falsa denuncia se protege la administración pública y, especialmente, la administración de justicia, con el delito de calumnia se resguarda exclusivamente el honor del sujeto pasivo. Esto resulta tan claro que la lesión de uno de los bienes jurídicos no supone necesariamente la afectación del otro. Por ejemplo, se puede dañar la administración de justicia mediante una denuncia falsa, pero sin imputar el hecho a ninguna persona determinada. A la inversa, es posible afectar el honor con una calumnia, sin necesidad de que ello implique, además, un perjuicio a la administración de justicia (ej., calumniando por cualquier otra vía distinta que no implique la presentación de una denuncia falsa)³⁵. En consecuencia, de acuerdo a esta posición, los tipos penales de los artículos 245 y 109 del Código Penal no se excluyen mutuamente sino que se pueden aplicar simultáneamente conforme a las reglas del concurso de delitos.

a) *Tesis del concurso ideal*

Para un grupo de autores, si el autor de una falsa denuncia imputa el hecho a una persona determinada, existe un solo hecho que encuadra en dos tipos penales, por lo que corresponde afirmar un concurso ideal entre la falsa denuncia y la calumnia (art. 54, Cód. Pen.)³⁶.

³⁵ Como expresa Pinto, el perjuicio a la administración de justicia, que supone la denuncia falsa, no desaparece "por el hecho de indicarse a una persona determinada como autora del delito falsamente denunciado. Por el contrario, cuando más precisiones se den, más intensa será la actividad jurisdiccional malversada por la falsedad" (PINTO, Hugo, *Falsa denuncia y calumnia: la historia de un desencuentro*, en L. L. 1993-B-218).

³⁶ A favor de la teoría del concurso ideal se ha volcado también Maier, quien considera que "el caso planteado es un ejemplo de hecho único subsumible, en el caso concreto, bajo dos prohibiciones" (MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, 2ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 631). Desde su punto de vista, los resultados prácticos de la posición que entiende que la calumnia absorbe a la falsa denuncia "son reconocidamente arbitrarios y francamente decepcionantes: quien sostiene que la calumnia consume a la falsa denuncia debe admitir que el delito contra la administración de justicia, que comete quien denuncia un hecho falso, imputándoselo a una persona determinada, quede impune, cuando la víctima no ejerce la acción penal por el delito de calumnia y la prosigue hasta lograr una condena firme, esto es, en la

Esta ha sido la posición tomada por el doctor Oderigo con la adhesión de los doctores Cantadore Van Straat y Malbran³⁷, en el fallo plenario "Bulog"³⁸, quien respondiendo al presupuesto de la cuestión planteada en esa convocatoria plenaria afirmó que las figuras de falsa denuncia y calumnia no son alternativas. Y como ninguna de ellas representa el mero antecedente ni el progreso de la otra, tampoco puede reconocerse, entre ellas, una relación de consunción. Por otra parte, la ley no contiene precepto alguno por el que se establezca el carácter subsidiario de ninguna de ellas respecto de la otra.

En cuanto a la relación de especialidad afirmó: "Si el delito de calumnia fuese especial con relación al de falsa denuncia, por supuesto que excluiría a éste, puesto que la norma especial deroga a la general, y lo recíproco ocurriría si fuese especial el delito de falsa denuncia, con relación al de calumnia. Pero hemos visto que no sucede lo uno ni lo otro; que esos delitos tienen elementos comunes y además elementos propios de cada uno de ellos"³⁹, de donde resulta que cuando

gran mayoría de los casos, con lo que también se produce el desconcierto de supeditar, prácticamente, un delito de acción pública, referido a un bien jurídico colectivo y, específicamente, a la protección de la propia administración pública contra las acciones de los particulares, a una acción privada; quien sostiene la solución inversa admite que la víctima de la imputación contra su honor está desprotegida en este caso, pues no puede perseguir por calumnia, con la consecuencia accesorio de que en un caso en el cual el autor con su acción transgrede dos prohibiciones, resulta sólo punible por la menor de ellas (con la consecuencia accesorio, incluso, de que no pueda obtener una reparación natural rápida: la *retractación*) (ob. cit., p. 630, al pie).

³⁷ Oderigo, junto con Cantadore Van Straat y Malbran, representan la opinión de una parte de la minoría del tribunal en el fallo plenario "Bulog", quienes en disidencia sostuvieron que la falsa denuncia y la calumnia pueden concurrir formalmente (art. 54, Cód. Pen.).

³⁸ CNPen., en pleno, 27-3-53, "Bulog, Jorge", L. L. 70-112.

³⁹ El Dr. Oderigo en su voto analiza pormenorizadamente los elementos de cada figura, para concluir rechazando la pretendida relación de especialidad entre ellas: "Ambas figuras (calumnia y falsa denuncia), 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 el de calumnia; y

en un caso determinado se dan los 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 la expresa disposición del artículo 54 del Código de Fondo, cuyo efecto es la absorción *quod poenam y no quod delictum*”.

Adhiere a esta postura Fontán Balestra, quien al referirse al fallo plenario citado crítica, por inconsistente, la tesis sostenida por la mayoría del tribunal⁴⁰, que restringe considerablemente el delito de falsa denuncia y afirma que: “es suficiente demostrar que es posible la comisión de cada uno de los dos delitos, sin que forzadamente se cometa el otro”⁴¹. También Molinario, luego de realizar una breve referencia a las diferentes posturas, concluye que, teniendo en cuenta la legislación vigente, estamos frente a uno de los pocos casos de concurso ideal, porque ambos delitos tienen particularidades y, por eso, no son reducibles por la vía del concurso aparente⁴².

b) Tesis del concurso real

Para otros autores, en los casos en que la falsa denuncia se realice contra una persona determinada, debe afirmarse un concurso real (art. 55, Cód. Pen.) entre los tipos penales involucrados: falsa denuncia y calumnia.

En este caso, la opinión de otro sector de la minoría en el fallo plenario “Bulog” se vio reflejada en el voto del doctor Vera Ocampo,

la imputación contra persona determinada es requisito esencial para la configuración de este último delito, no siéndolo para la del primero. Esta consideración basta, a mi juicio, para excluir la pretendida relación de especialidad, que sólo puede darse, entre dos figuras penales, cuando la configuración de una de ellas (especial) demanda la concurrencia de todos los elementos precisos para la configuración de la otra (general) y otro u otros elementos más; cuando la existencia de la figura especial importe, necesariamente, en todos los casos, la existencia de la figura general” (CNPen., en pleno, 27-3-53, “Bulog, Jorge” cit.).

⁴⁰ Veremos la opinión de la mayoría del tribunal al referirnos en el punto 2 de este trabajo a la teoría del concurso aparente, posición que ha triunfado en el fallo plenario “Bulog” citado.

⁴¹ FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 832.

⁴² MOLINARIO, *Los delitos* cit., p. 395.

para quien la falsa denuncia y la calumnia, en cualquier supuesto, concurren materialmente, y su concurso se rige por el precepto del artículo 55 del Código Penal⁴³.

En este sentido afirmó: "La mera confrontación de los textos legales correspondientes a los artículos 109 y 245 del Código Penal, pone de relieve (de manera concluyente) la distinta composición de las dos figuras de delito reprimido por cada uno de ellos que excluye en forma definitiva, a mi juicio, el planteamiento y discusión de la posible existencia de un concurso aparente de leyes dada la ausencia absoluta de relación entre las figuras"⁴⁴. Concluyó su voto de manera categórica afirmando: "Considero, sin vacilación alguna, que la correcta interpretación de las reglas que gobiernan el concurso de delitos (arts. 54 y 55, Cód. Pen.), conduce a afirmar la perfecta independencia objetiva y jurídica de cada acto cumplido, puesta de manifiesto en el diverso contenido fáctico de las conductas realizadas en los distintos sujetos pasivos afectados y en las lesiones plurales producidas y queridas se-paradamente"⁴⁵.

⁴³ Podría decirse que este voto representa una tercera doctrina invocada en el plenario "Bulog" citado, luego de la mayoritaria encabezada por el Dr. Muniña Lacasa, según la cual los delitos de calumnia y falsa denuncia involucrados en un hecho único se excluyen recíprocamente, y de la primera minoría a cargo del Dr. Oderigo, quien aplica el art. 54 del Cód. Pen. por considerar que ambas figuras concurren formalmente. ⁴⁴ Analiza Vera Ocampo en su voto que: "La calumnia según la define el art. 109, es la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública y tutela el bien jurídico del honor de las personas, en tanto que la figura creada por el actual art. 245 del Cód. Pen. (ley 13.569) consiste en la falsa denuncia de un delito ante la autoridad competente y protege a la administración pública, en particular, a la administración de justicia. Tan notoriamente distinta es la acción de imputar o atribuir falsamente un delito a determinada persona, de la acción de denunciar falsamente o dar noticia falsa de un delito a la autoridad pertinente, que esas dos formas de conducta se presentan conceptualmente indiferentes y se realizan con absoluta independencia la una de la otra" (CNPen., en pleno, 27-3-53, "Bulog, Jorge" cit.). ⁴⁵ Para sostener la concurrencia material de ambas figuras, el Dr. Vera Ocampo en su voto continúa: "Ni la simultaneidad de la formación de las dos falsedades, ni los comportamientos estudiados, asentada en la íntima estructura de sus propios elementos" (CNPen., en pleno, 27-3-53, "Bulog, Jorge" cit.).

2. Teoría del concurso aparente

En contra de la tesis del concurso de delitos (ideal o real), un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia considera que, en rigor, en los casos de falsa denuncia calumniosa existe simplemente un "curso aparente de tipos penales", de modo que los artículos 109 y 245 del Código Penal se excluyen mutuamente.

Dicho de otra forma, cuando el autor formula una denuncia falsa contra una persona determinada, corresponde aplicar el tipo penal que prevalezca conforme a las reglas del concurso aparente de tipos o de leyes penales.

A su vez, dentro de esta posición existen dos criterios enfrentados, según que se entienda que en los casos de falsa denuncia calumniosa debe prevalecer el tipo penal de calumnia (art. 109, Cód. Pen.) o el de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.).

a) Teorías que consideran aplicable el delito de calumnia

Para un sector importante de la doctrina y mayoritario de nuestra jurisprudencia, en los casos de falsa denuncia calumniosa debe prevalecer la aplicación del tipo penal de calumnia (art. 109) y descartarse la configuración del tipo de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.).

De acuerdo a este punto de vista, el delito de falsa denuncia se configura, exclusivamente, cuando la denuncia mendaz se formula sin imputar el hecho a ninguna persona determinada. Cuando la denuncia se formaliza contra alguna persona concreta, entra en juego el honor del sujeto pasivo y, por lo tanto, se aplica el tipo penal de calumnia. Es decir, conforme a esta forma de resolver la cuestión, en los supuestos de falsa denuncia calumniosa, el artículo 109 del Código Penal "absorbe" al tipo penal de denuncia falsa (art. 245, Cód. Pen.).

Este ha sido el criterio de Gavier, al considerar que constituye un supuesto del tipo que "la denuncia no contenga la imputación del falso delito a otra persona determinada. Este supuesto no está mencionado expresamente por la ley, pero su necesidad surge del análisis sistemático de aquella. Si el denunciante, en efecto, imputa el delito determinado a alguien, sea en forma directa, sea mediante datos indiciarios que por sí mismos permiten individualizar a la persona

imputada, el hecho sale del marco de la denuncia falsa, para configurar el delito de calumnia previsto por el artículo 109 del Código Penal⁴⁶. Según esta posición, el artículo 245 del Código Penal, al regular la falsa denuncia, contempla únicamente la denuncia contra "persona indeterminada"⁴⁷. Es decir, "no se presta a admitir dentro de sí la hipótesis de la imputación falsa, sino que se refiere a la falsedad del delito, del hecho material *dennunciado*. Denunciar falsamente 'un delito', no es otra cosa que dar noticia de un *hecho*, de un *acontecimiento* material configurativo de una infracción punible que no corresponde a la realidad. El texto no va más allá de eso. Con la fórmula usada, la ley ha puesto así el acento sobre la hipótesis de la falsedad del hecho que es materia de la denuncia; fuera de ello, la fórmula legal no hace ninguna referencia a la *imputación* o *atribución* del hecho a alguien, que es un aspecto distinto sobre el que puede eventualmente incidir la mendacidad de un denunciante. Una cosa es denunciar falsamente 'un delito', y otra cosa es, ciertamente, denunciar con falsedad a una persona imputándole la comisión de un delito. Lo primero atañe al hecho en sí; lo segundo, a la vinculación del hecho con una persona"⁴⁸.

⁴⁶ GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., ps. 320 y 333. Según el autor, el art. 245 debe seguir aplicándose y, por lo tanto, descartarse el tipo de calumnia cuando "el denunciante se imputase a sí mismo la comisión del falso delito" o cuando el falso hecho "es atribuido a persona indeterminada o imaginaria, o bien a desconocidos" (ob. cit., ps. 321 y ss.).

⁴⁷ Véase DONNA, *Derecho Penal*, cit., p. 133.

⁴⁸ GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 325. A su criterio, "si el art. 109 contempla el caso de la *imputación* falsa, cualesquiera sean el medio y la oportunidad en que se produzca, no parece lógico pensar que el legislador ha creado, sin reformar aquella categoría delictiva, otra figura de delito que, a fin de cuentas, vendría en gran parte a superponerse con la calumnia, dando lugar a una torpe confusión de orden conceptual y técnico" (ob. cit., p. 326). Un particular punto de vista para defender esta posición ha sostenido Bartoloni Ferro al señalar que "La denuncia falsa no es ni puede ser, jurídicamente, la falsa imputación de un delito de acción pública, aunque se indique en ella el nombre del autor del supuesto delito denunciado, porque la naturaleza de la denuncia impide que ella sea *imputación*: en cuanto fuera o pretendiera serlo, dejaría de ser denuncia para asumir otro carácter, si pudiera asumirlo. El instituto de la denuncia, su naturaleza jurídica, su razón de ser, su objeto y su fin, no permiten ni autorizan a que se la repite *imputación*, *acusación*, aunque el lenguaje común así lo haga. La denuncia falsa no puede confundirse con la calumnia, ni con la calumnia llamada judicial, que sería el delito que se crearía, reputando que el delito de falsa

En apoyo de esta tesis se han introducido argumentos relacionados con la penalidad de las figuras. Es decir, se sostiene que la circunstancia de que el delito de calumnias (art. 109)⁴⁹ tenga prevista una pena mayor que el tipo penal de falsa denuncia (art. 245)⁵⁰ demuestra que, en rigor, en los casos de falsa denuncia calumniosa debe prevalecer el delito más grave. De lo contrario —se afirma—, “el legislador habría cometido el error garrfal de reprimir con una pena acentuatadamente más leve un hecho delictuoso que al mismo tiempo lesiona a la administración de justicia y al honor del falsamente imputado”⁵¹.

Finalmente, contra la posibilidad de afirmar un concurso de delitos también se han mencionado fundamentos de naturaleza procesal. Básicamente el inconveniente de sostener la presencia de un concurso de delitos consistiría en la imposibilidad de aplicar, simultáneamente, dos sistemas de enjuiciamiento distintos: el que rige para los delitos de acción pública (falsa denuncia, art. 245, Cód. Pen.) y el establecido para los delitos de acción privada (calumnia, art. 109). Desde este punto de vista, Gavier se pregunta: “¿cómo se declararía el concurso ideal cuando el particular ofendido no hubiese accionado, sin cuya condición la justicia no podría ni procesar ni condenar? Y si el ofendido

denuncia fuera el de calumnia judicial” (BARTOLONI FERRO, Abraham, *Denuncia falsa y calumnia*, en L. L. 68-181, sec. Doctr.). En rigor, si bien la denuncia y la querrela constituyen institutos procesales diferentes, nada impide que a través de una mayoría de los ordenamientos, al regular el contenido de la denuncia, aluden a la individualización de los autores y partícipes del hecho (así, por ej., el art. 176, CPPN).⁴⁹ El art. 109 del Cód. Pen. tiene prevista una pena de prisión de uno a tres años. Conforme al art. 245, la sanción prevista para este delito es de prisión de dos meses a un año o multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos.

⁵¹ GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 326. En igual sentido, expresa Sandro que “el art. 245, Cód. Pen., no puede incluir elemento ‘imputación’, no solamente porque no está mencionado en el tipo, sino porque el mismo es propio y exclusivo de la figura del art. 109 del Cód. Pen. Esta afirmación encuentra respaldo en la escasa penalidad con que la ley reprime la denuncia falsa, pues no resulta coherente imaginar que se aplique una escala penal más severa a la calumnia simple que a la denuncia calumniosa, consecuencia que aparecería como necesaria si se aceptara la tesis rebatida. Por ello, cuando esa imputación exista, ha de privar y aplicarse solamente el art. 109 del Cód. Pen., que desplazará al art. 245, por presentarse un caso de concurso aparente de tipos penales por especialidad” (SANDRO, Jorge Alberto, *Relación jurídica existente entre calumnia y falsa denuncia*, en J. A. 1975-262 y ss.).

acciona, ¿tendría que haber dos procesos por el mismo hecho, ya que las leyes procesales fijan para ambos casos procedimientos distintos; o habría un solo proceso, como única manera de llegar a la doble calificación que el concurso ideal exige, no obstante que dichas leyes no prevén una situación semejante? Y si ya se hubiese condenado por falsa denuncia, y sólo después de ello querrelase por calumnia el ofendido, ¿de qué modo se declararía el concurso ideal y se aplicaría la pena mayor? ¿O habría que aplicar otra pena independiente, incluso condenando nuevamente por el mismo hecho ya juzgado?⁵²

Esta es la doctrina que triunfó en el fallo plenario "Bulog" que venimos comentando, plasmada en el voto del doctor Muniña Lacasa⁵³, quien sostuvo que ambas figuras penales reprimen distintas conductas, en los siguientes términos: "Que cuando se acusa; cuando se imputa directa y concretamente a persona determinada un delito que de lugar a la acción pública, no es falsa denuncia sino calumnia y que si tal imputación es hecha ante la autoridad, como ocurre en el presente caso —la falsa denuncia no ahora— desaparece excluida por la otra figura, más comprensiva, que absorbe su tipo y su pena. Sólo existe, entonces, una relación de exclusión"⁵⁴. En coincidencia

⁵² GAVIER, *El delito de falsa denuncia* cit., p. 337. En el mismo sentido, expresa Orgera que "resulta imposible pensar en una interpretación que permita encuadrar ciertas conductas en las dos figuras penales, pretendiendo aplicar las reglas del concurso ideal o real, porque en teoría puede haber denuncias falsas (art. 245, Cód. Pen.) de delitos de acción pública contra persona determinada (art. 109, Cód. Pen.), pero por un mismo hecho no se pueden celebrar dos juicios penales: uno de acción pública, impulsado por jueces y fiscales, con sumario y posterior debate, y el otro de acción privada, dependiente de la actividad del querellante y sin etapa instructoria" (ORGIERA, José María, *La doble persecución penal de las falsas denuncias calumniosas*, en L. L. 2002-C-451).

⁵³ El voto del Dr. Muniña Lacasa encabezó la mayoría triunfante en el fallo plenario de la CNPen., 27-3-53, "Bulog, Jorge" cit.

⁵⁴ Entre los variados argumentos que esgrimió Muniña Lacasa para afirmar su postura podemos resaltar el siguiente: "si el legislador [...] a pesar de todo esto ha sancionado el art. 245 como lo ha hecho y sin modificar en un ápice la redacción del art. 109, autoriza a pensar con rigor lógico [...] que es porque ha concedido en los casos de imputación directa y categórica a persona determinada, significación prevaiente al bien jurídico del honor y ha creído también y no sin razón, que existiendo un ofendido y dada la importancia y gravedad de la pena que el art. 109 estatuye, quedaba satisfecha a un mismo tiempo la necesidad de castigar la lesión jurídica a la administración pública, por medio de la única acción del damnificado" (fallo plenario "Bulog" cit.).

con el fallo pleno, la jurisprudencia en general ha venido tomando partido por esta posición⁵⁵.

b) *Teorías que consideran aplicable el delito de falsa denuncia*

Dentro de las corrientes que explican la falsa denuncia calumniosa como un problema de concurso aparente de tipos, algunos autores consideran que debe aplicarse el tipo penal del artículo 245 (falsa denuncia) y excluirse el de calumnia (art. 109). Es decir, contrariamente a la postura anterior, en los casos de falsa denuncia calumniosa —se sostiene— el artículo 245 del Código Penal absorbe al artículo 109.

Esta ha sido, por ejemplo, la posición de Núñez, quien señala que el criterio decisivo para entender que prevalece la aplicación del tipo penal previsto en el artículo 245 del Código Penal, excluyéndose el tipo de calumnia (art. 109, Cód. Pen.), radica en que “el legislador quiere que el castigo de cualquier hecho que indebidamente ponga en movimiento los órganos de la persecución penal, se efectúe a título de infracción contra la administración pública y que la acción para perseguirlo quede siempre dentro del círculo de las acciones ejercitables de oficio, sin sujeción a la voluntad del particular ofendido en su honor por el mismo hecho”⁵⁶.

En su trabajo, el autor agrega un argumento adicional relacionado con el principio de “ley posterior deroga a ley anterior”. A su criterio, “la circunstancia de que el artículo 245 sea posterior al 109, agregada a la de que la acción derivada de aquél es una acción pública ejercitable de oficio, demuestra bien a las claras que la nueva disposición pretende reservar al Estado la persecución de cualquier falsedad cometida en denuncia susceptible de promover indebidamente la acción de los órganos encargados de perseguir los delitos”⁵⁷.

⁵⁵ Véase CNCCor, sala VI, 22-5-97, “Q. de I., M.”, L. L. 1998-C-466; sala IV, 31-3-98, “A., L. de J.”, J. A. 2001-II, CD J. A.; sala VI, 26-6-98, “G., G.”, J. A. 2001-II, CD J. A.; sala IV, 3-2-2000, “G., G. M.”, L. L. 2000-E-817.

⁵⁶ NÚÑEZ, Ricardo, *Calumnia y falsa denuncia*, en L. L. 67-483.

⁵⁷ NÚÑEZ, Calumnia... cit., p. 480. Señala el autor que “cuando el legislador ha expresado mediante una disposición modificatoria del sistema legislativo anterior, que a partir de entonces quien lesione a la administración pública con la interposición de una denuncia falsa, cualquiera que sea la razón de la falsedad de ésta, será perseguido

III. Nuestra opinión

1. La necesidad de reforma legislativa

Desde nuestro punto de vista, la regulación legal del delito de falsa denuncia resulta deficiente. Las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se han generado en torno a este tema constituyen el resultado del marco normativo inapropiado que se ha establecido para esta clase de delitos.

Sin lugar a dudas, resulta imprescindible que dentro de los delitos contra la administración pública —o más específicamente, contra la administración de justicia— se regule separadamente el delito de falsa denuncia o simulación de delito y el delito de denuncia o querrela calumniosa, donde no sólo se formaliza una denuncia falsa sino una verdadera acusación mendaz contra una persona determinada⁵⁸.

y juzgado con arreglo a la acción de oficio del Estado, no es posible llegar a una interpretación que, reviviendo el sistema derogado, prive a los órganos estatales de la acción de oficio y le entregue la persecución a los particulares lesionados en su honor por el hecho" (ob. cit., p. 482). Comparte la posición de Núñez, DE LA RIES-TRA, Guillermo, *El delito de falsa denuncia frente a los de calumnia e injuria*, en J. A. 1953-III-498, comentando un fallo de la Suprema Corte de Tucumán donde se sigue esta misma posición (SC de Tucumán, 7-4-53, "Lis, Ana Grosman").

⁵⁸ En el Código Penal español, la cuestión se regula dentro de los delitos contra la administración de justicia (Capítulo V, *De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos*). El artículo 456 dispone: "1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados: 1º) Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave. 2º) Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave. 3º) Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta. 2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo del juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido". El artículo 457 establece: "El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente provocando actuaciones procesales, será castigado con la multa de seis a doce meses".

Un sistema como éste había sido previsto por el Proyecto de 1953 de Ricardo Levene (h)⁵⁹ y, siguiendo al Proyecto de Sebastián Soler de 1960, fue incorporado al Código Penal por el decreto-ley 17.567, posteriormente derogado por la ley 20.509. Aquí se diferenciaban claramente los delitos de falsa denuncia (llamado simulación de delito) y la denuncia o querrela calumniosa, considerada una infracción contra la administración de justicia, donde se contemplaba una pena más grave. Además se habían introducido dos figuras nuevas como la calumnia real—consistente en simular contra una persona la existencia de pruebas materiales—y la simulación de rastro—consistente en simular los rastros de un delito⁶⁰—.

El delito de denuncia o querrela calumniosa, obviamente, debe ser la figura más grave y contemplar una penalidad acorde con su verdadero contenido de lo injusto.

⁵⁹ El delito se regulaba en el Título VI, *Delitos contra las funciones jurisdiccionales*, Capítulo I, *Delitos contra la actividad jurisdiccional*. El art. 405 disponía: "Al que

afirmare falsamente la comisión de un hecho delictuoso, aun sin las formalidades de la denuncia o querrela o de manera anónima, ante la autoridad competente, se le impondrá prisión de seis meses a dos años. La misma pena se aplicará al que simulare pruebas materiales de un hecho delictuoso inexistente. Si en los casos de los apartados anteriores se imputare falsamente a otro la comisión de un hecho delictuoso, la pena de prisión será de uno a seis años. Se exceptúan los delitos previstos en el art. 120, segunda parte, salvo que el denunciante fuera la víctima o su representante legal, y los enumerados en el art. 121". Por su parte, el art. 406 disponía: "Al que se atribuyere falsamente a sí mismo, ante la autoridad competente, la comisión de un delito, que no sea de los enumerados en los arts. 120, segunda parte, y 121, se le impondrá

prisión de un mes a un año o multa de cien a cinco mil pesos".

⁶⁰ El art. 276 bis regulaba los delitos de denuncia y querrela calumniosa y el de calumnia real al disponer: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que ante la autoridad denunciare o acusare como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente, o simularé contra ella la existencia de pruebas materiales. Si resultare la condena de la persona inocente, la pena será de diez años de reclusión o prisión". Por su parte, el art. 276 ter contemplaba las figuras de simulación de delito y simulación de rastros: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que ante la autoridad afirmare falsamente que se ha cometido un delito de acción pública, o simulase los rastros de éste con el fin de inducir a la instrucción de un proceso para investigarlo". Una propuesta de reforma legislativa, donde se combina el Proyecto de 1953 y el régimen del derogado decreto-ley 17.567, formulan LEVENE (n), Ricardo y SUCAR, Germán, *El delito de falsa denuncia en la legislación nacional*, en L. L. 2001-E-1217 y ss., sec. Doct.

Básicamente, la mayor gravedad de este delito se explica por dos razones:

1. En primer lugar, existe un perjuicio mayor a la administración de justicia, pues no solamente se pone en marcha innecesariamente el sistema jurisdiccional del Estado, sino que, además, se corre el riesgo de que la acción penal —y eventualmente la condena— se dirija, injustamente, contra un inocente.

2. Por otra parte, se afectan los bienes jurídicos individuales de la persona denunciada, causando un perjuicio irreparable en su honor y en otros derechos como la propiedad —por los gastos que debe afrontar para defenderse de una acusación falsa— e incluso en la libertad u otro tipo de bienes que pueden verse alcanzados por una eventual condena. La regulación, por separado, dentro de los delitos contra la administración de justicia, del delito de denuncia o querrela calumniosa, resolvería definitivamente la discusión doctrinaria y jurisprudencial que existe sobre el tema. Ya no habría duda de que, mediando una querrela o denuncia falsa, con imputación de una persona determinada, debe aplicarse este tipo penal especial y excluirse, conforme a las reglas del concurso aparente de tipos, el delito de calumnia.

Como bien sostiene González Rus, "La razón de que haya que considerar a la calumnia consumida por la acusación y denuncia falsa es el hecho de que la identidad del núcleo sustancial de la conducta típica —imputar falsamente un hecho— supone incluir *necesariamente* dentro de los presupuestos de la segunda el injusto propio de la primera y, por tanto, la lesión al honor, lo que no ocurre con los demás derechos personales eventualmente afectables, cuyo daño no va de suyo con la acusación falsa. Aun integrando el honor como parte del injusto característico de la misma, el bien jurídico protegido es, sin embargo, el correcto funcionamiento de la administración de justicia y el peligro para los demás derechos personales puestos en peligro como consecuencia de su inútil puesta en marcha"⁶¹.

No obstante, más allá de que la calumnia quedaría absorbida por esta figura, no corresponde apreciar un concurso aparente de tipos, sino un concurso de delitos con respecto a otros perjuicios que se causen a la

⁶¹ GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 494.

persona acusada falsamente. Por ejemplo, si como consecuencia de la falsa denuncia se detiene ilegalmente al imputado, quedaría configurado el tipo penal de privación ilegal de la libertad por autoría mediata⁶².

El delito de denuncia o querrela calumniosa se ubicaría dentro de los delitos contra la administración de justicia y, por lo tanto, resultaría un delito de "acción pública". Aun cuando dentro del bien jurídico tutelado también se deba tener en cuenta el "honor" de la persona denunciada, lo cierto es que el Estado tiene un interés especial en perseguir esta clase de infracciones. No se trata de una simple afectación de un bien jurídico individual—el honor del denunciado o querrellado—sino de una cuestión mucho más grave: la maliciosa utilización del sistema jurisdiccional y represivo del Estado.

La circunstancia de que estemos ante un delito de acción pública, ejercitable de oficio, no significa que el sujeto acusado falsamente no puede intervenir en el proceso como "particular damnificado" o "querellante". Lo que no es posible es que se "apropie" del conflicto, como ocurre con los delitos de acción privada.

2. La solución provisoria del concurso ideal

Sin perjuicio de la necesidad de una reforma legislativa sobre el tema, desde nuestro punto de vista, en el régimen legal actual, cuando el autor de una falsa denuncia, además, imputa el hecho concretamente a una persona, deberá apreciarse un concurso ideal de delitos (art. 54, Cód. Pen.) entre la falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.) y la calumnia (art. 109, Cód. Pen.).

Pensamos que la tesis del concurso ideal de delitos es la conveniente, por las siguientes razones:

1. En primer lugar, creemos que no puede sostenerse la existencia de un concurso aparente de tipos penales, pues ninguna de las figuras se encuentra "absorbida" (consumción) ni es "especial" con respecto

⁶² Como señala González Rus, "si en el curso del procedimiento que se deriva de la acusación falsa se vieran injustamente dañados derechos del imputado, deberá apreciarse un concurso de delitos con el que sancione la lesión del bien jurídico menoscabado (detenciones ilegales, coacciones, amenazas, etc.) en la medida en que se encuentre tipificada y su comisión admite la autoría mediata" (GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 495).

a la otra. Obviamente, tampoco se presenta en el caso una relación de "alternatividad" o "subsidiariedad". Desde este punto de vista, no puede pasarse por alto que la calumnia y la falsa denuncia tienen elementos que son claramente diferentes.

La falsa denuncia se configura únicamente mediante la realización de un acto formal de denuncia, conforme a las normas procesales pertinentes, realizado ante la autoridad competente. En la calumnia, en cambio, el delito consiste en la genérica imputación falsa de un delito de acción pública, por cualquier medio, afectando el honor de la víctima.

2. Se trata de dos delitos diferentes que protegen bienes jurídicos distintos. En la falsa denuncia se resguarda la administración pública —específicamente la administración de justicia— porque la conducta del autor implica poner en marcha innecesariamente —con todos los perjuicios y riesgos que ello implica— el sistema penal del Estado. Con el tipo penal de calumnia, en cambio, sólo se pretende proteger el honor del sujeto pasivo, de ahí que éste sea el titular exclusivo de la acción penal. Es tan claro que los bienes jurídicos y los delitos son diferentes que la realización de la conducta prevista en uno de los tipos penales —con la consecuente afectación del bien jurídico— no implica necesariamente la lesión del bien jurídico de la otra figura⁶³.

3. La tesis mayoritaria en la jurisprudencia y en la doctrina nacional, que considera que debe prevalecer la aplicación del tipo penal de calumnia (art. 109, Cód. Pen.), excluyendo al delito de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.), no resulta satisfactoria, pues transforma el hecho en un delito de acción privada, cuando se encuentra seriamente afectado el interés del Estado.

Cuando se comete una falsa denuncia calumniosa, no se ofende sólo el honor del sujeto denunciado sino, fundamentalmente, la administración de justicia, de modo que no puede ser el particular sino el Estado el encargado de llevar adelante la persecución penal.

⁶³ Como sostienen los partidarios de la tesis del concurso de delitos, se puede calumniar sin afectar la administración de justicia (ej., imputando falsamente la comisión de un delito por un medio extrajudicial) y se puede dañar la administración de justicia sin afectar el honor (ej., formulando una denuncia falsa sin imputación del hecho a ninguna persona determinada).

4. La postura que entiende que el artículo 245 del Código Penal absorbe y excluye al tipo penal de calumnia (art. 109, Cód. Pen.) re-sultaría adecuada si dentro de los delitos contra la administración pública se regulara especialmente la denuncia o querrela calumniosa, pero en el actual sistema del Código Penal no parece la solución correcta.

El problema principal que presenta esta interpretación es que la pena prevista para la falsa denuncia es inferior a la sanción contemplada en el artículo 109 del Código Penal, de modo que se terminaría castigando al delito más grave (falsa denuncia calumniosa) con una pena menor. Como sostienen los críticos de esta posición, no parece razonable que a quien "calumnia" imputando falsamente la comisión de un delito a otra persona se lo privilegie con una pena atenuada cuando profiere la calumnia a través de una denuncia penal, perjudicando no sólo el honor del sujeto pasivo sino la administración de justicia.

5. Mediante la tesis del concurso ideal de delitos se llega a resultados más adecuados pues, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 54 del Código Penal, se aplica la escala penal más grave, lo que refleja con mayor precisión el contenido de lo injusto de la conducta.

Pero, además, en lo que respecta al tipo de falsa denuncia (art. 245, Cód. Pen.) se sigue manteniendo la naturaleza pública de la acción, de modo que el Estado interviene de oficio, más allá del interés del particular damnificado. Dicho de otra forma, aunque la persona imputada falsamente del delito decida no instar la acción penal—respecto del delito de calumnia—, el Estado puede actuar de oficio y llevar adelante la persecución penal con relación al tipo de falsa denuncia.

6. La circunstancia de que estemos ante dos delitos que tramitan por procedimientos distintos—de acción pública en el caso de la falsa denuncia y de acción privada para la calumnia—no constituye un obstáculo para la tesis del concurso ideal, aun cuando la legislación procesal impida la "acumulación" de las causas de acción privada con las de acción pública⁶⁴. En la práctica, cada uno de los expedientes debe tramitarse por separado y conforme al procedimiento correspondiente, pero, en caso de que en ambos procesos recayera sentencia condenatoria, el juez

⁶⁴ El art. 417 del CPPN establece que "La acumulación de causas por delito de acción privada se registra por las disposiciones comunes, pero ellas no se acumularán con las incoadas por delitos de acción pública..."

deberá proceder a la unificación de las condenas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal, construyendo la escala penal aplicable según el sistema previsto por el artículo 54 del Código Penal para el concurso ideal de delitos.

Cuando el artículo 58 del Código Penal regula la unificación de condenas o de penas, remitiendo a las "reglas precedentes", no alude sólo a las reglas del artículo 55 del Código Penal (concurso real) sino también a las del artículo 54 (concurso ideal). Normalmente, los casos de concurso ideal de delitos se tramitan en la misma causa pero, cuando ello no es posible—como ocurre cuando concurren delitos de acción pública con delitos de acción privada—, nada impide que al efectuar la eventual unificación de las penas se siga el método del artículo 54 del Código Penal⁶⁵.

7. Finalmente, la solución del concurso ideal de delitos, con la consecuente tramitación "separada" de las causas penales, no implica una violación a la regla *non bis in idem*.

Este principio legal y constitucional (previsto en los arts. 8.4, CADH; 14.7, PIDCP, y 1º, CPPN) 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.

⁶⁵ Como señala Maier, "no observamos cuál sería la razón de excluir los casos que tratamos, aunque se trate en ellos de un concurso ideal del principio de *absorción* (art. 54, Cód. Pen.); el caso es aquí idéntico: obstáculos procesales—imposibilidad de proceder, competencia diversificada según infracciones, distinto procedimiento—impiden aplicar en un único procedimiento y por un mismo juez la condena única que requiere la ley penal [...]. La ley positiva no impide esta interpretación, pues, cuando observa el caso de que 'se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas', permite extender la interpretación incluso al art. 54 del Cód. Pen.: *violación a dichas reglas* se debe entender como inobservancia de las reglas de la pena total o única, de las reglas previstas para componer la pena en cualquier caso de concurso, y no tan sólo en los casos de concurso real (art. 55, Cód. Pen.); tampoco la regla del art. 57 está referida, únicamente, al concurso real, como se pretende" (MAIER, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 629 al pie). Considerando que el art. 58 del Cód. Pen. permite la aplicación de las reglas del art. 54 del Cód. Pen., también BERTOLOTTI, Mariano, *Algunas cuestiones penales y procesales en torno al sistema de la pena única y su análisis en casación*, inédito, originado en el trabajo presentado el 8-9-99 en la UBA, Seminario a cargo de los Dres. Hendler y Spolansky.

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.

Como lo explica Cafferrata Nores, "ninguna persona puede ser seguida penalmente (y por cierto, tampoco juzgada ni penada) más de una vez en forma sucesiva, ni tener contemporáneamente pendiente más de una persecución penal con relación al mismo hecho delictivo", lo que supone que "nadie puede ser condenado por el mismo hecho delictivo por el que ya fue sobresido o absuelto, ni tampoco ver agravada, por una nueva condena, otra anteriormente impuesta por su comisión; y ni siquiera ser expuesto al riesgo de que cualquiera de estas hipótesis ocurra mediante una nueva persecución penal"⁶⁷.

Para la exclusión de la "doble condena" deben darse tres condiciones: a) identidad absoluta de los hechos; b) identidad del sujeto activo, y c) identidad de causa o pretensión. Este último recaudo no se cumplirá, por ejemplo, cuando "la posterior persecución basada en el mismo hecho, contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal (ej., la indemnización del daño civil causado por el delito; investigación sólo de la verdad histórica)"⁶⁸, es decir, cuando es diferente el fundamento de la persecución.

No obstante, el principio que prohíbe la persecución múltiple por un mismo hecho presenta algunas limitaciones impuestas por el mismo ordenamiento jurídico. Como lo explica Maier, "a pesar de que exista identidad personal y de objeto en dos o más procesos distintos, es decir, que se persiga a una persona más de una vez por el mismo hecho, puede ocurrir que el principio estudiado rechace su propia aplicación"⁶⁹. Es decir, "existen ciertos límites racionales al funcionamiento del principio, en el sentido de permitir la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas, no haya podido arribar a una decisión de mérito o no haya podido examinar la imputación (el 'mismo hecho'),

⁶⁶ Véase QUIROGA LAVIE, BENEDETTI y CENICACELAYA, *Derecho Constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. I, p. 496.
⁶⁷ CAFFERRATA NORES, José, *Proceso penal y derechos humanos*, CELS, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 100.
⁶⁸ CAFFERRATA NORES, ob. cit., p. 102.
⁶⁹ MAIER, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 623.

objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico-penales que merece, debido a obstáculos jurídicos". No por un "error" del tribunal o el acusador, sino cuando "una regla jurídica impide agotar el caso porque inhibe la sentencia de mérito o bien porque impide 'unificar' procesalmente la pretensión punitiva"⁷⁰.

Con similar criterio se ha sostenido que en estos casos no existe "identidad de causa" o pretensión punitiva. Cafferata Norez expresa que "La *idem causa petendi* también requiere que las pretensiones penales ejercidas sucesiva o simultáneamente, sean idénticas en sus alcances jurídico-procesales, es decir, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo todos sus posibles encuadramientos penales por parte de los tribunales que deben intervenir en ambos casos"⁷¹. Si el tribunal del primer proceso no tuvo dicha libertad, "por carecer de jurisdicción o competencia material para hacerlo, al no haber podido agotar el examen de la 'pretensión punitiva' a la luz de todo el Derecho Penal, es posible una segunda persecución ante el tribunal con jurisdicción o competencia para controntar el hecho con el derecho que el primer juez no pudo aplicar"⁷².

En suma, sea por los argumentos expuestos por Maier, en el sentido de que existe una "excepción" a la prohibición de la persecución penal

⁷⁰ MAIER, *Derecho Procesal Penal*... cit., p. 624. Expresa el autor que "estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez a una misma persona y por un mismo hecho" (ob. cit., p. 625). Es decir, "cuando concurren formalmente (art. 54, Cód. Pen.) dos infracciones a la ley penal, perseguibles de distinto modo (acción privada y acción pública), y una de ellas no se puede juzgar por un obstáculo jurídico no superado (falta de persecución de quien está legitimado para ello) o no se puede juzgar el mismo procedimiento (distinto procedimiento para los delitos de acción pública y los de acción privada, y prohibición de la ley procesal de acumular estas acciones en un único procedimiento), la sentencia final sólo puede apreciar jurídicamente el hecho atribuido de modo parcial y la limitación proviene de la propia ley". Claramente señala el autor que "se debe reconocer, entonces, para estos casos —ya en sí excepcionales por disposición legal— una verdadera excepción al principio de la única persecución penal y admitir que un mismo hecho funde dos —o más— persecuciones penales separadas contra una misma persona" (MAIER, *Derecho Procesal Penal*... cit., p. 628).

⁷¹ CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos* cit., p. 102 y el mismo autor en *Asociación ilícita y "non bis in idem"*, en L. L. 1999-B-300.

⁷² CAFFERATA NORES, José, *La garantía del "non bis in idem"*? Implica la misma causa de persecución?, en L. L. 1996-B-644.

múltiple, o por la inexistencia de "identidad de causa o pretensión punitiva"—posición de Cafferata Nores—, lo cierto es que la solución a la que adherimos no implica una violación al principio constitucional del *non bis in idem*⁷³.

Desde este punto de vista, entonces, la circunstancia de que estemos ante un concurso ideal (unidad de hecho) no impide, por las razones apuntadas, que exista una persecución múltiple contra el autor, por falsa denuncia (acción pública) y por calumnia, siempre que se inste la acción privada correspondiente⁷⁴⁻⁷⁵.

⁷³ Agradecemos a Javier De Luca, con quien discutimos y reflexionamos sobre este problema.

⁷⁴ Es importante, sin embargo, señalar que esta posición no encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, al menos en su anterior composición, pues el máximo tribunal ha señalado que: 1. La garantía constitucional de *non bis in idem* protege a los individuos contra la doble persecución por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos que de éste se puedan efectuar. 2. Desconoce la garantía constitucional que impide la doble persecución penal por un mismo hecho, la sentencia que, ante la derogación del art. 244 del Cód. Pen., ordenó el archivo de la querrela por desacato oportunamente iniciada, considerando para así resolver que el sobreseimiento o la absolución del querrelado determinarían la existencia de cosa juzgada en punto al hecho investigado y, con ello, la imposibilidad de iniciar otra acción con fundamento en la comisión de alguno de los delitos contra el honor, pues el principio *non bis in idem* lo impediría. 3. Una vez que el Congreso Nacional ha declarado que una conducta resulta impune—como en el caso sucede con el desacato—, la garantía constitucional contra la doble persecución penal por un mismo hecho prohíbe a los poderes públicos iniciar un nuevo proceso por ese mismo hecho. En consecuencia, derogada la norma que penaba la conducta, el tribunal debe resolver que existe un obstáculo insalvable para cualquier futuro proceso penal por el mismo hecho, y no ordenar el archivo del expediente para de tal modo no obstaculizar la posibilidad de que el querellante inicie un nuevo proceso penal por un delito distinto, basado en la misma conducta. 4. La garantía constitucional contra el doble juzgamiento también protege contra la mera exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido. 5. El recurso extraordinario fundado en que una decisión judicial ha violado la garantía constitucional contra la doble persecución penal habilita la instancia prevista en el art. 14 de la ley 48. En efecto, el mencionado derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata, pues la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido. 6. El recurso extraordinario fundado en que una decisión judicial ha violado la garantía constitucional contra la doble persecución penal habilita la instancia prevista en el art. 14 de la ley 48. En efecto, el mencionado derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata, pues la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (CSJN, 6-2-96, "Peluffo, Diego P.", L. L. 1996-B-646).

⁷⁵ Criticando este fallo, sostiene Cafferata Nores que "al haberse ejercitado sólo

En consecuencia, la absolución o la condena en el proceso iniciado de oficio, por el delito de falsa denuncia, no impedirá que el particular damnificado pueda ejercer la acción penal por el tipo de calumnia, debiendo procederse a la unificación de las penas—conforme a las reglas del artículo 54 del Código Penal—en caso de que ambos procesos prosperen contra el imputado.

IV. Conclusión

Hemos efectuado un breve repaso de los elementos generales del delito de falsa denuncia intentando brindar un punto de vista sobre los problemas centrales que presenta: el concepto de denuncia, la falsedad del delito, la naturaleza dolosa del tipo y su consumación. Especialmente, abordamos el problema de la falsa denuncia calumniosa, es decir, cuando el autor imputa falsamente el hecho a una persona determinada. Desde nuestra posición, es imprescindible realizar

la acción penal pública, a través del Ministerio Fiscal (y del querellante), el tribunal que entendería en el desacato no podía considerar el hecho que lo configuraría a la luz de los delitos contra el honor. Tal posibilidad hubiera requerido el ejercicio de la acción privada, por parte del ofendido, del modo especial previsto por la ley procesal (arts. 7º y 415, Cód. Proc. Pen.), cosa que no había ocurrido (la querrela planteada en la causa por desacato era el ejercicio adhesivo de una acción pública, art. 82, Cód. Proc. Pen.). Se advierte así que, en este caso, el tribunal del proceso por desacato tenía limitada su jurisdicción al ámbito jurídico establecido por la naturaleza pública de la acción deducida, careciendo, en consecuencia, de atribuciones para confrontar el hecho—presuntamente configurativo del desacato—con cualquier figura delictiva perseguible por acción privada, puesto que ésta no había sido ejercida. Por esto, por no ser la misma *causa petendi*, no existiría en este supuesto, *bis in idem*. La posibilidad de nueva persecución en estos supuestos abarcará, no sólo el caso de sobreesimiento o absolución en la primera (como sería la hipótesis en cuestión), sino, incluso, el de condena. Si el segundo proceso también concluyera con una condena, el asunto debería solucionarse por la vía de unificación de penas como concurso ideal de delitos. En consecuencia, si—de acuerdo a la hipótesis propuesta—se dedujera querrela por un delito de acción privada, no debería operar la garantía del *non bis in idem*, aun cuando existiera identidad de sujetos y de objeto, pues como en el primer proceso (por desacato) el tribunal no pudo examinar la posible delictuosidad del hecho bajo este otro encuadramiento (delito de acción privada), faltaría la identidad de *causa petendi* (CAFFE-RATA NORES, *La garantía del "non bis in idem" ¿Implica la misma causa de persecución?* cit., publicado en L. L. online).

una reforma legislativa que tipifique, dentro de los delitos contra la administración de justicia, el delito de denuncia, querrela o acusación calumniosa. Sin lugar a dudas, esta figura especial absorbería al tipo penal de calumnia (art. 109, Cód. Pen.), manteniendo el carácter público de la acción penal, sin perjuicio de la intervención del particular damnificado en la causa.

Mientras esto no ocurra, pensamos que debe aplicarse la solución del concurso ideal de delitos porque es la que refleja de manera más adecuada el verdadero contenido de lo injusto de la infracción.

EL DELITO DE FALSO TESTIMONIO

por GUSTAVO GOERNER

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes históricos y legislativos. III. Bien jurídico. IV. Delito de peligro abstracto. V. Tipo objetivo. VI. Autores. VII. La calidad de testigo y la garantía contra la autoincriminación. VIII. Falsedades sobre las denominadas "generales de la ley". IX. Juramento o promesa de decir verdad. X. Autoridad competente. XI. Tipo subjetivo. XII. Falso testimonio en causa criminal. XIII. Falso testimonio agravado por cohecho.

Artículo 275: Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmar una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión. En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

I. Introducción

La reconstrucción de los hechos durante el transcurso del proceso es un cometido de muy difícil consecución. Uno de los escollos más frecuentes para lograr tal cometido lo constituye la existencia de uno o varios testimonios falsos.

Por ello, teniendo en cuenta la importancia de la prueba a la que se refiere el artículo 275 del Código Penal, debería abandonarse la generalizada creencia de que se trata de una infracción menor a la

administración pública, destacándose, por el contrario, la importancia de ubicarla entre aquellas conductas que afectan severamente a la administración de justicia.

En este sentido, lejos de considerarse un delito menor, se ha afirmado que el falso testimonio participa del hurto, del homicidio, de la calumnia y que invade todas las zonas de los delitos según sea el propósito de los testigos¹. Recorre, por así decirlo, todo el círculo de la criminalidad, según el fin que se propone, o la naturaleza del crimen que quiere consumar.

Por lo demás, como muy pocos delitos de la parte especial del Código Penal, este tipo penal involucra, por igual, tanto problemas dogmáticos como de índole procesal. De todos ellos, seguidamente, se han seleccionado los que pueden resultar de mayor interés.

II. Antecedentes históricos y legislativos

Para una adecuada comprensión de algunos de estos problemas, resulta necesario efectuar una breve referencia a los antecedentes históricos y legislativos de la figura y que determinaran, con intermitencias, su ubicación como un delito contra la administración pública o como un delito contra la administración de justicia.

La inclusión del delito de falso testimonio como delito contra la administración pública o de justicia, como en alguna época, puede decirse que es la última fase de una larga evolución que se inicia con la consideración del testimonio falso como un delito contra la divinidad, y que continúa, en épocas más recientes, con la concepción de que se trata de un delito contra la fe pública².

La evolución de la figura ha dependido del concepto de justicia. Cuando ésta se consideró como una misión religiosa, el falso testimonio aparecía como una violación a la santidad del juramento. Más tarde,

¹ LEVENE (h), Ricardo, *Delito de falso testimonio*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 19. También del mismo autor puede consultarse su artículo *Falso testimonio*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, t. XI, p. 916.

² MUNOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 799.

al perder en parte ese sentido sagrado, se consideró como una ofensa a los derechos individuales. Finalmente, al entenderse la justicia como el fin primordial del Estado, es éste el que se considera lesionado en el ejercicio de su autoridad y en el desempeño de la función social a su cargo. Al mismo tiempo, desaparecidos en general el perjurio y el sacrilegio como consideraciones religiosas del delito, se ha ido atemperando el rigor de las leyes al respecto, ya que si nos remontamos al Derecho Romano, en la Ley de las XII Tablas se castigaba al testigo falso con la muerte.

De estas circunstancias nacieron dos corrientes legislativas: una da prevalencia a la violación del juramento, y por eso el delito característico es el perjurio; la otra enfoca la distorsión de lo narrado, y el delito es falso testimonio⁴.

Inicialmente, el Código Tejedor había colocado el delito dentro de las figuras de las falsedades; también lo hicieron el Proyecto de 1881 y el Código de 1886. Del mismo modo legislaba sobre la materia el Código Penal español de 1870.

Recién en el Código de 1891 se lo ubica dentro de los delitos contra la administración pública. En la Exposición de Motivos se explica que se considera el falso testimonio un delito contra la administración pública, de la cual el testigo, el perito o el intérprete no son más que funcionarios auxiliares.

Como lo sostiene Emilio Díaz al comentar el Código Penal de 1921, el testigo, el perito, el intérprete, son colaboradores de la administración pública, cuando actúan en esta calidad y tienen el deber social y legal al mismo tiempo de cooperar con su esfuerzo a que se administre justicia recta y oportuna. Una manifestación falsa o incompleta de los mismos puede bien determinar resoluciones injustas o entorpecer y retardar la administración de justicia, en el asunto en que se hacen aquellas. Se obra en daño de la administración pública, se viola un deber impuesto por la solidaridad social, se perturba gravemente el orden de los juicios⁵.

³ LEVENE (h), ob. cit., p. 37.

⁴ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo y MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 415.

⁵ DÍAZ, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina. Comentario de sus disposiciones*, 3ª ed., Librería "La Facultad-Juan Roldán y Cia.", 1928.

El Proyecto de reformas de 1937 elaborado por Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez establece modificaciones de forma y lo mantiene entre los delitos que lesionan este bien jurídico.

En cambio, el Proyecto de 1941 de José Peco lo incluye como delito contra la administración de justicia, agregando al traductor como sujeto activo y, como innovación, permite al juez la libre anulación de la sanción cuando el sujeto se retractare espontáneamente, antes de resultar perjuicio para el derecho ajeno, modificaciones que no subsisten en la actualidad⁶.

Lo contemplan como delito contra la administración de justicia los Proyectos de reforma de 1951, 1953, en este caso como delito contra las funciones jurisdiccionales, y 1960, incluyéndose, en este último, al traductor, como lo hizo el Proyecto de 1941.

Las leyes 17.567 de 1968 y 21.338 de 1976 reemplazan el título de "falso testimonio" por el de "denuncias y testimonios falsos", pues se agregaron la denuncia calumniosa y calumnia real y la simulación de delito. Como sujeto activo se contempla al traductor y se coloca en el texto la exigencia de juramento o promesa de decir verdad, aumentando las escalas penales. Se modifica el artículo 276 y se legisla sobre el soborno activo.

La ley 23.077 ha retornado al rubro original de "falso testimonio" que se condice con su actual contenido en atención a la derogación de aquellos delitos.

III. Bien jurídico

Es el correcto funcionamiento de la tarea jurisdiccional, procurándose evitar la construcción errónea de los juicios que formulen los jueces por los datos incorrectos que se les suministran por medio de la conducta prohibida⁷.

En el Derecho español, en el que se lo ubica como un delito contra

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal argentina*, Imprenta del Congreso Nacional, Buenos Aires, t. 5, p. 481.

⁷ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, p. 474.

la administración de justicia, se ha afirmado que se atenta concretamente contra la pureza de la fase probatoria en un proceso judicial⁸. Puede decirse, entonces, que es un delito contra la administración pública en general y contra la administración de justicia en particular; siendo esta última la lesión jurídica de mayor trascendencia. Sin embargo, se ha sostenido que también se lesionan la fe pública y los derechos de las partes en juicio, las que pueden sufrir un perjuicio⁹.

IV. Delito de peligro abstracto

Existe coincidencia en que se trata, en la terminología tradicional, de un delito de peligro abstracto y de pura actividad. Como se sabe, esta clase de delitos ha sido severamente cuestionada por un vasto sector de la doctrina y la jurisprudencia, debido a los graves problemas dogmáticos que plantean; es que, a diferencia de lo que ocurre en los de peligro concreto, en los que el peligro es un elemento del tipo penal y por ello debe ser acreditado, la referencia al peligro en los de peligro abstracto no es más que la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta¹⁰. Aquí es punible la simple realización de acciones que generalmente ponen en peligro el bien jurídico, es decir la simple realización de la acción descripta en el tipo penal. Puede recordarse que Hirsch ha calificado a esta distinción conceptual de arcaica, propugnando la de "delitos de peligro" y "delitos

⁸ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 799.

⁹ Confirma este criterio la jurisprudencia de la Corte nacional y de la Cámara del Crimen al aceptar como querrelante a aquel contra cuya acción o defensa se produjo (CSJN, Fallos: 251:499) o al particular damnificado (Fallos CNCor., t. 1, p. 381). En este aspecto, en un fallo de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, se ha afirmado que "Si bien la administración de justicia es la damnificada por el delito, en forma concomitante coexiste el interés legítimo de quien resulte parte en el juicio civil y perjudicado por el testimonio brindado" (voto del Dr. González). En disidencia, el Dr. Donna sostuvo que no cabe admitir la querrela ya que sólo resulta damnificada la administración pública (eIDial-A/110C).

¹⁰ BARBERO SANTOS, Marino, *Los delitos de peligro abstracto*, ponencia efectuada en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, Universidad de Belgrano, abril de 1973, publicada por editorial Calheda, p. 121.

de peligrosidad" (o de riesgo), peligro en el que ha entrado el bien jurídico y peligrosidad de una acción. El primero es un estado, el segundo se refiere a una cualidad del hecho¹¹.

En general, al clasificarse los bienes jurídicos se hace referencia a bienes jurídicos individuales y colectivos, incluyéndose al delito de falso testimonio entre los delitos de esta última categoría.

Como bien lo explica el autor antes citado, no hay inconvenientes en aceptar en el Derecho Penal bienes jurídicos colectivos, como, por ejemplo, los de incendio y contra la administración de justicia, pues "el verdadero problema del que tenemos que ocuparnos es el de la precisión. Se trata de la cuestión relativa a qué criterios han de aplicarse para poder hablar de un bien de contornos suficientemente trazados para ser considerado bien jurídico"¹².

Por su parte, Teresa Rodríguez Montañés los denomina bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, o intereses difusos no reconducibles a bienes jurídicos individuales, que se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social, por ejemplo, los delitos contra la administración de justicia, los delitos socioeconómicos, los delitos contra el buen funcionamiento de la administración e incluso los delitos contra el medio ambiente¹³.

¹¹ HIRSCH, Hans Joachim, *Peligro y peligrosidad*, en *Derecho Penal. Obras completas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 65.

¹² HIRSCH, Hans Joachim, *El Derecho Penal y Proceso Penal ante las nuevas formas de criminalidad*, en *Derecho Penal. Obras completas* cit., t. II, p. 66.

¹³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 320.

Para la autora, se protegen bienes jurídicos supraindividuales en los cuales la tipificación de una lesión o concreta puesta en peligro es difícilmente imaginable, pues el menoscabo de tales bienes de carácter inmateriales se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y ahí radica, precisamente, la dificultad para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo. Por ello, la técnica que parece más adecuada es la de los delitos de peligro abstracto, a través de la tipificación de la afectación de un "bien intermedio con función representativa". Por tanto, afirma que aquí no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales, sino de proteger otros bienes cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica, que estará

Sin perjuicio de lo señalado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, a fin de poner a resguardo el principio de culpabilidad, han exigido la comprobación de la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico para que la misma pueda reputarse delito. Esta apreciación de la idoneidad debe ser efectuada *ex ante*, pues, en definitiva, lo que importa es que pudo haber causado perjuicio.

Como ya lo exponía Pacheco en su comentario al Código español de 1850, es necesario que el falso testimonio haya sido decisivo. Un falso testimonio que no ha tenido o que no debiera tener consecuencias, porque recae en puntos que no son capitales para la causa, es ciertamente un perjurio, pero no podría dar ocasión a semejantes castigos¹⁴.

En consecuencia, deben ser actos formales y sustancialmente idóneos para introducir un error relevante en la estimación que el juez debe realizar¹⁵.

Como se puede advertir, se sigue una línea de argumentación que postula la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia de éste. En consecuencia, si la acción es inidónea o el peligro no subsiste, no puede hablarse ciertamente de conducta peligrosa. En este caso, nos hallaremos frente a un sujeto peligroso, por haber infringido un mero deber de obediencia al Estado, pero al que no puede considerarse autor de una infracción de puesta en peligro¹⁶.

Con esta interpretación, se aleja al delito de la figura del perjurio

justificada en la medida en que el bien protegido tenga la suficiente entidad como para ser merecedor de la tutela penal (administración de justicia, administración pública, etc.).

¹⁴ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª ed., Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1881, p. 327.

¹⁵ CREUS, ob. cit., p. 476. En este sentido, se ha resuelto que "No se configura

el tipo penal del falso testimonio si la afirmación es un dato meramente accidental, es decir no esencial, que haya de conformar la reconstrucción mental del juez" (CNCCor, sala I, 23-8-2002, "Ortiz", *elDial.com*); "La posibilidad de inducir a error al magistrado respecto del objeto de la causa, constituye una exigencia típica del delito referido" (CNFed.CCor, sala II, 16-5-2000, "Alzogaray, María Julia s/De-

nuncia", J. P. B. A. 112, fallo 75).

¹⁶ BARBERO SANTOS, ob. cit., p. 125.

y del castigo de una conducta que no reviste la entidad suficiente como para producir afectación al bien jurídico protegido.

V. Tipo objetivo

Las conductas típicas consisten en afirmar una falsedad, o negar o callar la verdad en todo o en parte.

En este punto no se advierten mayores dificultades y el tipo penal así conformado parece abarcar todas las conductas típicas posibles.

Pero de inicio debe destacarse la diferencia entre el falso testimonio por reticencia—callar la verdad en todo o en parte—y el tipo penal establecido en el artículo 243 del Código Penal, denominado “incumplimiento de deberes procesales”, que establece una pena para quien siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva.

Como bien lo explica Soler, la negativa a declarar no puede engañar al juez acerca del contenido de la declaración, mientras que la reticencia es una forma de engaño. En un caso el testigo dice: me niego a contestar si o no. En el otro dice: no sé y en realidad sabe. Sobre lo primero, el juez nada puede construir; sobre lo segundo sí, porque la circunstancia de que determinado sujeto no sepa algo, tomado por veraz el no saber, puede inducir al juez a negar la existencia de algo realmente ocurrido¹⁷. En otro aspecto, debe tenerse presente que la declaración, objetivamente, debe ser falsa.

La falsedad es un dato objetivo consistente en una contradicción entre lo declarado por el sujeto y la realidad. Esta posición es denominada por Muñoz Conde como “teoría objetiva de la falsedad” y es independiente del error o ignorancia y de los conocimientos del declarante, que es una cuestión a tratar en el tipo subjetivo del delito¹⁸.

VI. Autores

Dentro de la clasificación de los tipos penales, se lo debe ubicar

¹⁷ SOLER, Sebastián, *Tratado de Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1983, t. V, p. 234.
¹⁸ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 802.

como un delito especial propio o en sentido estricto, en los que el círculo de autores está determinado por la ley, ya que sólo pueden cometerlo las personas taxativamente allí enunciadas: testigo, perito, intérprete y traductor, cuyas nociones deben extraerse de las legislaciones procesales correspondientes.

En este punto debe realizarse una aclaración. Si bien en la actualidad el traductor no se encuentra expresamente consignado como sujeto activo, como lo estuviera en el Proyecto de José Peco de 1941, y en las reformas introducidas por las leyes 17.567 y 21.338, igualmente debe considerárselo sujeto activo, pues, como lo explica Aguirre Obarrío, puede asimilárselo a intérprete y también probablemente a perito, sobre todo porque el texto se refiere a "deposición, informe, traducción o interpretación"¹⁹.

Es además un delito de propia mano, pues sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo por sí e inmediatamente la acción prohibida, con lo cual queda excluida la posibilidad de autoría medata.

Todas estas prevenciones son necesarias a fin de evitar la ampliación del tipo penal mediante la analogía.

Por ello, no pueden ser sujetos activos los auxiliares técnicos del sumario de prevención, pues carecen de la designación por el magistrado, único que puede otorgarles tal carácter. Tampoco pueden serlo los denominados "testigos de actuación", pues forman parte integrante de un acto²⁰. En cambio, estas personas pueden cometer falsedad ideológica. Ciertamente, podrán cometer el delito con posterioridad, al de-

clarar sobre la actuación cumplida en aquel carácter.

¹⁹ AGUIRRE OBARRIO y MOLINARIO, ob. cit., p. 418.

²⁰ CREUS, ob. cit., p. 488. En un fallo, el tribunal oral absolvió a los imputados acusados de peritaje falso, al considerar que la labor llevada a cabo en el legajo por los acusados no fue un peritaje estricto sino que se trató de una consulta técnica; la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó el pronunciamiento. Se trataba de un informe del Consejo del Menor y la Familia en un proceso de corrupción de menores y se sostuvo que no tenía la naturaleza jurídica de un peritaje, ni convierte en perito al que lo produce; sus informes técnicos no tienen la naturaleza ni el valor de los que emanan de peritos ("Carro, Evangelista", 11-4-2002, L. L. Supl. de Jurisp. Penal del 29-7-2002).

VII. La calidad de testigo y la garantía contra la autoincriminación

Resulta particularmente interesante en el tratamiento del aspecto objetivo del ilícito, detenerse en el análisis de las cuestiones que se plantean en torno a la declaración de aquellas personas que son llamadas a declarar como testigos y tienen algún interés particular en el asunto o se encuentran expuestas a sufrir algún perjuicio, penal o de otra naturaleza, por declarar en tal carácter.

El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Este lenguaje, como lo expone Carrió, guarda similitud con la Enmienda V de la Carta Magna de los EE. UU. que establece que "nadie será obligado a ser un testigo contra sí mismo"²¹.

Para un importante sector de la doctrina y jurisprudencia nacional, no pueden ser autores quienes declaran en causa propia o en hechos

²¹ CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4º ed. actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 347. El mencionado autor cita el caso "Rodríguez Pamiás" (*Fallos*: 227:63), en el que un juez de instrucción había dispuesto el libramiento de un exhorto a fin de que un juez de otra jurisdicción examinara a un testigo. Al advertir el juez exhortado que las preguntas que debía formularle al testigo eran en realidad imputaciones sobre su supuesta participación en un delito, se negó a cumplir con el acto. Llegado el conflicto a la Corte, ésta comparó los argumentos del juez exhortado, afirmando que "aquella garantía se ve violada si se interroga como testigo, bajo juramento de decir verdad, a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechada de ser autor o cómplice de los supuestos de hecho que se trata de esclarecer" (p. 349). Del mismo modo lo ha interpretado la Cámara Nacional de Casación Penal, al establecer que "La garantía que inhibe declarar contra sí mismo se aplica en beneficio de la persona imputada de un delito así como también respecto de los testigos cuando a partir de sus declaraciones puedan resultar autoincriminados, lo que acontece cuando el testigo es llamado a declarar bajo juramento de decir verdad y su declaración importe la confesión de haber participado en hechos delictivos, o cuando la obligación de declarar importa vulnerar el secreto profesional que impone la ley" (CNCS.Pen., sala II, causa "Petrara", L. L. del 22-6-98; J. P. B. A. 105-65, f. 178). En el mismo sentido, se ha afirmado que "En el caso que un testigo efectuara su autoincriminación, ello no tendría ninguna relevancia para efectuar un juicio de condena, toda vez que no se incurre en el delito de falso testimonio" (STJ de Río Negro, 5-11-96, "Cadillo García, Vicente s/Aborto seguido de muerte. Casación", elDial.com).

propios, pues por definición el testigo es un tercero extraño a los hechos objeto del proceso, los que conoce por percepción sensorial²². Así, Soler descarta el delito cuando el testigo declara sobre hechos propios y que le pueden causar un perjuicio, aunque no consista en la autoinculpación de un delito. Destaca que algunos códigos establecen una expresa excusa absoluta para los casos en que el hecho es cometido por la necesidad de salvarse a sí mismo de un grave perjuicio en la libertad o en el honor²³.

En efecto, el Código Penal alemán, en el parágrafo 157, soluciona la cuestión al contemplar expresamente el supuesto de declaración en estado de necesidad, caso en el cual se podrá, según exista o no juramento, atenuar o prescindir de la pena, cuando el autor haya mentido para apartar el peligro para un familiar o para sí mismo, de ser sometido a un castigo o a una medida privativa de libertad de mejora y seguridad. En este punto se sostiene que quien altera la verdad para evitar un perjuicio no es punible, pues no se lo puede obligar a acusarse o perjudicarse a sí mismo; además en este caso ya no es un verdadero testigo y no obra con ánimo de perjudicar, sino con el propósito de defenderse, por lo que falta el dolo. No pueden serlo el querellante y el denunciante, pues la condición de testigo debe ir acompañada de la presunción de su imparcialidad y desinterés. Se los puede inculpar por calumnia²⁴.

En consecuencia, para estos autores estaríamos en presencia de un supuesto de atipicidad. Sin embargo, entiendo que aquellas personas también pueden ser consideradas testigos y, por lo tanto, desde la perspectiva del tipo objetivo, pueden ser consideradas sujetos activos del delito, ya que las leyes procesales incluyen en la obligación de testificar a interesados que pueden verse responsabilizados por sus dichos, por ejemplo el querellante y el actor civil.

²² En este sentido, se ha resuelto que "Sólo puede ser sujeto activo del delito quien tenga la calidad de testigo en sentido propio, es decir tercero ajeno al juicio, que depone sobre hechos que caen bajo la acción de sus sentidos y respecto del cual no participa, no incluyéndose en el tipo las declaraciones objeto de imputación, verdades por el querellante" (CNCCor, sala V, 25-4-2002, causa "García").

²³ SOLER, ob. cit., p. 228.

²⁴ LEVENE (h), ob. cit., p. 54.

En efecto, el Código Procesal Penal nacional establece que toda persona tiene la obligación de declarar (art. 240, CPPN). Expresamente, el artículo 89 del CPPN prescribe que la intervención de una persona como querrelante no la exime de la obligación de declarar como testigo; en tanto que el artículo 80 del mismo cuerpo legal establece la misma obligación para el particular damnificado.

En general, como lo expone Creus, la doctrina y la jurisprudencia no hacen mayores distinguos entre causa propia y ajena, y consideran que no caben en el falso testimonio todas aquellas situaciones en las que las declaraciones puedan acarrear al sujeto responsabilidades de índole personal o que lo coloquen en la situación espiritual de enfrentarse ante una consecuencia semejante, puesto que entonces no se le podrá exigir la verdad. Pero tales interesados, por más que declaren sobre hechos propios, no pierden el carácter de testigos; sus falsedades serán típicas, sin perjuicio de que sus conductas resulten justificadas o inculpables, ya porque se sitúan dentro de la garantía constitucional de no declarar contra sí mismos (art. 18, Const. Nac.), o porque no se les pueda exigir una conducta distinta²⁵.

En consonancia con la postura antes citada, como lo explica Muñoz Conde, en caso de que se derivara para el declarante algún mal, por ejemplo, su propia incriminación, puede existir estado de necesidad. Para otros, quedaría abarcado por el ejercicio del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo (art. 20, inc. 7º del Cód. Pen. español), por obrar en ejercicio legítimo de un derecho (Vives), por lo que estarían exentos de responsabilidad penal²⁶. En este punto, Donna afirma que sólo se excluyen las personas cuya declaración los pueda comprometer en la causa, específicamente los imputados. Los demás sujetos deberán invocar una causa de exculpación propiamente dicha o de no exigibilidad, pero su conducta seguirá siendo típica²⁷. Precisamente, en un fallo de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata se aplicó la doctrina de la inexigibilidad de otra conducta, en

²⁵ CREUS, ob. cit., p. 486.

²⁶ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 802.

²⁷ DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 453.

un caso en que el testigo había callado algunos hechos de interés para la investigación a fin de evitar un perjuicio no penal. Se resolvió que no se trataba de un estado de necesidad justificante, porque en el caso la función judicial era el bien de mayor valor y no se había probado que el mal evitado fuera inminente y extraño²⁸.

Spolansky, al comentar el fallo, discrepa con la solución de la Cámara y distingue la situación de quien actúa de esa forma para evitar un perjuicio penal, de quien lo hace para evitar otro de distinta naturaleza, concluyendo que en el primer caso está justificado por la regla constitucional que establece que no se puede obligar a declarar contra sí mismo, mientras en el segundo hay atipicidad, ya que no puede considerarse técnicamente un testigo²⁹.

28 L. L. 140-701.

29

El precedente citado se trataba de una causa por homicidio y el testigo habría mentido por temor a verse envuelto en un proceso que acaparaba la atención pública y ocupaba grandes espacios en diarios y noticieros, "miedo a aparecer en todos los diarios del país", habría dicho el acusado de falso testimonio. Se dijo que no era estado de necesidad, pues la función judicial, bien jurídico tutelado, resultaba ser de mayor valor y, por otra parte, no se podría decir que el mal evitado era inminente y extraño; por eso se apeló a la doctrina de la no exigibilidad, con cita de la obra de James Goldschmidt (*Conceptión normativa de la culpabilidad*). Spolansky en su comentario plantea como interrogantes: ¿es punible quien citado como testigo declara con falsedad o reticencia, o bien se niega a hacerlo para evitar perjudicarse? Si la respuesta es negativa, ¿de qué clase debe ser el perjuicio que se quiere evitar?, ¿qué significa la expresión "nadie está obligado a declarar contra sí mismo"? Distingue la situación de quien actúa de esa forma para evitar un perjuicio penal de quien lo hace para evitar otro de distinta naturaleza, concluyendo que en el primer caso está justificado, mientras en el segundo hay atipicidad, ya que no puede considerarse técnicamente un testigo. En realidad el autor también se hace cargo de que en ambos supuestos podría sostenerse que no se es testigo, porque en los dos casos tiene un interés, pero igualmente estima conveniente distinguir entre quien está autorizado y aquel que no reúne las características personales que la ley exige para ser sujeto activo del delito. Afirmar que el testigo que se niega a declarar amparándose en la garantía constitucional o lo hace falsamente, ante el peligro de declarar contra sí mismo, no puede ser sancionado por ese acto, ya que su conducta está autorizada, se encuentra justificada. Queda de lado el derecho cuando el peligro es meramente imaginario o insustancial y se refiere a alguna contingencia extraordinaria o remota y apenas posible. La regla constitucional del art. 18 se aplica a todos los habitantes, ya que nadie puede ser obligado; no se distingue aquí entre testigos procesados, imputados o querellados. Se trata de ponerlo a cubierto de responsabilidades penales; puede negarse a contestar

El criterio expuesto en el comentario antes citado fue seguido en un fallo de la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal. Sin embargo, actualmente siguen existiendo discrepancias a la hora de establecer si se trata de un supuesto de atipicidad, justificación o inexistibilidad de otra conducta conforme a derecho³⁰.

cualquier pregunta cuya contestación pueda ser usada contra él en un proceso penal. En cambio, son válidas las posiciones dirigidas al demandado o al actor en un proceso civil, salvo que la pregunta esté dirigida a obtener la confesión de un hecho delictivo o a producir prueba a partir de la cual éste se dé a luz. Se pregunta qué ocurre cuando el perjuicio que se quiere evitar es de otra naturaleza. En el caso en comentario considero que la decisión de no penar fue correcta, pero no compartía la fundamentación, pues hubiera sido más razonable advertir que en el caso no había testigo y, en consecuencia, el hecho era atípico. En estos casos no existe autorización, en realidad lo que no hay es testigo (SPOLANSKY, Norberto E., *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*, en L. L. 140-701).

³⁰ CNCas.Pen., sala I, 25-9-2000, causa "González" (Fallos de la CNCas.Pen., Fabián D! Plácido Editor, Año 2, Nº 3, p. 472). Se trató la situación de quien podía llegar a sufrir un perjuicio consistente en una sanción administrativa, no penal. Era un caso de sanciones previstas en el art. 106 del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. La misma sala, en la causa "Nicollella" del 30-11-2000, resolvió que no cometía delito quien podía inculparse con sus dichos, admitiendo en un proceso penal que había mentido en sede contravencional confesando su falta, en su momento negada (J. P. B. A. 113-280). También en la causa "Gasol", del 19-10-2001, la sala sostuvo que no comete falso testimonio quien tiene interés en la respuesta, si de ella puede resultar perjuicio aunque no importe procesamiento penal o prueba que tienda a ello. No puede decirse que hay autorización para negarse a declarar, en realidad lo que no hay es testigo y en consecuencia hay atipicidad (Fallos de la CNCas.Pen., Fabián D! Plácido Editor, Año 3, Nº 4, 2003, p. 197). Por su parte, en la causa "Gastaldi", del 23-6-98, la sala III de la CNCas.Pen. excluyó del delito de falso testimonio las manifestaciones del testigo que de pronunciar con veracidad sobre los hechos de los cuales el mismo es actor —o que no le son totalmente ajenos—, podría resultar un perjuicio o una eventual responsabilidad penal. Si bien es cierto que la Corte tiene reiteradamente establecido que la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo sólo rige en materia penal (Fallos: 238:416; 240:416; 312:2439, entre otros), no lo es menos que su declaración podía acarrearle consecuencias penales, lo que se traduce en un eventual perjuicio concreto en las causas criminales ya en curso, al asumir aquella el carácter de testimonio rendido en causa propia. En este caso se ha vinculado la situación con el principio general del estado de necesidad. Ello es así porque en estos casos la falta es cometida por la necesidad de salvarse o protegerse a sí mismo de un daño a la libertad o al honor (Solier). Hacen aplicación entonces del precepto constitucional que veda la autoincriminación forzada. Se trataba de una declaración en un expediente

VIII. Falsedades sobre las denominadas "generales de la ley"

El artículo 249, segundo párrafo del CPPN establece que el juez interrogará sobre cualquier circunstancia que sirva de interés para apreciar la veracidad del testigo. Después de ello, lo interrogará sobre el hecho.

En este tema, las corrientes se dividen.

Para algunos autores, la situación del testigo con respecto a las partes es fundamental para poder apreciar la eficacia probatoria de su declaración. Dichas declaraciones se explican o contestan después de prestado el juramento; es forzoso admitir que el falsificarlas constituye delito. El testigo debe contestar la verdad de todo lo que se le pregunta; no puede negarse la importancia de que el juez valore la capacidad o incapacidad del testigo en virtud de su edad, profesión y otros antecedentes personales³¹.

En general, quienes postulan la atipicidad de la conducta considerarán que no se trata de manifestaciones sobre los hechos del proceso que puedan influir en la reconstrucción histórica de lo acontecido³².

comercial de un directivo de un banco, investigado por la justicia penal a raíz de la caída de esa misma entidad. En apoyo de su decisión la sala indicó que no se había omitido hacerle saber lo prescripto en el art. 444 del CPCCN, acerca de rehusarse a contestar preguntas "si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiere su honor" (Fallos de la CNCS.Pen., Fabián D! Placido Editor, Año 1, N° 1, p. 279). La misma sala, en la causa "Pagani" del 8-5-2000, sostuvo que se admite pacíficamente que no comete el delito quien modifica los hechos sobre los que depone para no confesar un delito (J. P. B. A. 114-26).

³¹ LEVENE (h), ob. cit., ps. 73, 74. En el mismo sentido, para Eusebio Gómez la ley no hace distinción alguno a tal respecto y tienen importancia para apreciar el mérito de la prueba testimonial (GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. V, p. 594).

³² Para Soler no prueban nada, es impune (ob. cit., p. 229). También para Aguirre Obartio no se trata de verdadero y propio testimonio, su falsedad no es delictiva (ob. cit., p. 419). En la jurisprudencia se ha sostenido que "El hecho de mentir sobre las generales de la ley no constituye delito de falso testimonio, porque esas preguntas tienen por fin individualizar a la persona y no constituyen parte de su declaración...." (CNCCorr., sala I, 14-3-2003, "Bustos", J. P. B. A. 118-22, f. 59). En contra, se afirmó que es delito "en tanto tal declaración tenga potestad de generar en el juzgador un error acerca del mérito probatorio de tal declaración" (voto de la mayoría, CNCS.Pen., sala IV, 27-3-2002, "Lavalle"). La minoría sostuvo que el testimonio

Una posición intermedia adopta Creus, al afirmar que su carácter típico dependerá de la influencia que puedan tener sobre el juicio de la autoridad. Dependerá del caso concreto³³.

En nuestra concepción, la falsedad sobre estas cuestiones es atípica. Bien pudo el testigo mentir sobre alguna de aquellas situaciones y, sin embargo, haber declarado sin mendacidad sobre el hecho investigado. Podrá sostenerse que en estos casos no se ha cumplido con el juramento de decir toda la verdad, pues en alguna parte de la declaración se ha mentido, pero en este análisis debe recordarse que lo que se sanciona no es la violación del juramento, lo que constituiría un perjurio, conducta no incriminada en nuestra legislación, sino aquella declaración que pueda inducir a error al juez en sus decisiones.

IX. Juramento o promesa de decir verdad

Recordamos, una vez más, que el perjurio, entendido como el quebrantamiento del juramento, no está comprendido entre las figuras de falso testimonio, como en otras legislaciones³⁴.

Con la exigencia del juramento, la legislación procesal intenta reforzar en el testigo la conciencia de su obligación, apelando a motivos de carácter religioso o moral, con el propósito de que aquel se pronuncie con sinceridad. Pese a ello, el testigo dispuesto a mentir lo hará con o sin juramento, pero su imposición es interpretada como un freno más para evitar la mendacidad que la mayoría de las legislaciones mantienen y tiene su origen en antiguas creencias religiosas, según las cuales quien juraba en falso se exponía a las sanciones de la justicia divina.

La declinación del sentimiento religioso ha disminuido la eficacia

debe recaer sobre los hechos del proceso, sobre los datos percibidos, sobre la experiencia viva de modo directo o indirecto, que de alguna manera interese al proceso (voto de la Dra. Berraz de Vidal).

³³ CREUS, ob. cit., p. 480.

³⁴ El parágrafo 154 del Código alemán establece: "1. El que jure con falsedad delante del tribunal o de otros establecimientos competentes para la toma de juramento, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a un año. II. En casos de menor gravedad la pena será de privación de libertad de seis meses hasta cinco años".

del juramento y algunas legislaciones lo han suprimido, reemplazándolo por la promesa de decir verdad³⁵.

En nuestra legislación no es necesario que el juramento sea religioso; puede ser por sus creencias, por la patria o por el honor.

El decreto-ley 17.567/67, a diferencia del texto actual, exigía expresamente el juramento o la promesa de decir verdad como elemento del tipo. Existe coincidencia en que el acto debe ser formalmente válido conforme a las leyes procesales; en consecuencia, si el juramento se encuentra establecido como requisito de validez del mismo y se ha omitido, no hay delito.

En este sentido, el artículo 117 del CPPN establece que cuando el acto requiera juramento será recibido bajo pena de nulidad y, expresamente, el artículo 249 del mismo Código establece que el testigo deberá prestarlo.

Un destacado sector de la doctrina nacional plantea una interesante cuestión en relación al requisito del juramento cuando quien debe prestarlo es el querellante. Se postula que aquella parte no debería declarar bajo juramento en los delitos de acción pública, eximiéndolos como en la acción privada a fin, con ello, de evitar que declare en contra de sí mismo³⁶.

Sin embargo, más allá del acierto de la observación efectuada, hasta tanto se reforme la disposición que lo exige, en general, para todo testigo, igualmente debería prestarlo. En este sentido, se ha explicado que en el caso de la acción privada, al querellante no se lo considera propiamente un testigo, porque es el titular exclusivo de la acción penal y goza de todas las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Fiscal (art. 430, CPPN)³⁷.

Llegado el caso de plantearse alguna situación como la que se pretende evitar, la solución podría encontrarse acudiendo a la aplicación de una causa de justificación o de inexigibilidad de otra conducta.

³⁵ ADIP, Amado, *Prueba de testigos y falso testimonio*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 174.
³⁶ NAVARRO, Guillermo R. y DARAY, Roberto R., *Código Procesal Penal de la Nación*, Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, t. I, ps. 532 y 533.
³⁷ CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, 2ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 108.

En cambio, expresamente en el artículo 249 se excluye del juramento a los menores imputables, pues se presume que su inmadurez psíquica no les permitirá comprender la importancia y la finalidad del juramento y su imputabilidad penal hará vanas las advertencias sobre la comisión del delito.

En la misma disposición se exime del juramento a los condenados como partícipes del delito u otro conexo, por entender que por su condición de tal no son sustancialmente testigos.

Esta última excepción no se encuentra establecida en el actual Código de la Provincia de Buenos Aires, como surge de la lectura de sus artículos 232 y 241, ya que no se exime del juramento al partícipe del delito.

Sin embargo, la circunstancia de que la ley procesal no exija el juramento para algunos testigos, no significa que no pueda cometerse el delito, ya que, como se expuso, en la actualidad, el artículo 275 no exige el juramento como elemento integrante del tipo objetivo. En cambio, podrán plantearse en este punto cuestiones relativas a la antijuricidad o a la atribuidibilidad de la conducta.

X. Autoridad competente

Es aquella que de conformidad con las leyes y reglamentos está facultada para recibir declaraciones, requerir informes o disponer interpretaciones o traducciones a fin de resolver un conflicto de carácter jurídico; cuando el testimonio es recepcionado con otra finalidad, el delito puede ser otro.

Si existe esa competencia y la finalidad de resolver un conflicto de naturaleza jurisdiccional, cualquier autoridad pública puede estar comprendida, ya que la ley no hace distinciones, siempre, como se dijo, que realicen en su propia esfera una labor funcional de índole jurisdiccional, por ejemplo, en un sumario administrativo, el juzgamiento de una falta administrativa, etcétera.

Debe tratarse, entonces, de una autoridad que tenga facultades para recibir testimonio.

Algunas legislaciones se refieren sólo a la administración de justicia.

XI. Tipo subjetivo

La acción descripta por la ley consiste en afirmar una falsedad o negar o callar la verdad, en todo o en parte.

Como lo explica Creus, debe existir conocimiento de la discordancia entre lo que el agente considera verdad y lo que expone en su declaración, informe, traducción o interpretación, y voluntad de expresar lo que para él es falso³⁸.

Por ello, la falsedad no depende de la relación entre lo dicho y la realidad, sino de la relación entre lo dicho y el conocimiento del testigo. En este sentido, se ha resuelto que el relato no se torna falso por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos³⁹.

En consecuencia, el tipo subjetivo requiere la existencia de dolo en el autor.

No se requiere un fin ulterior, como el de desorientar o inducir en error a la autoridad; ni es necesaria la intención de dañar, pues es punible también la falsedad que tiende a favorecer.

El Código Penal alemán, a diferencia de nuestra legislación, prescribe como delito la declaración negligente⁴⁰.

XII. Falso testimonio en causa criminal

El delito se agrava si el falso testimonio fue dado en contra del inculpado en causa criminal.

En la redacción anterior se hacía referencia al "proceso penal", expresión que fue reemplazada por "causa criminal", por lo que se excluyen las contravenciones⁴¹.

Para Aguirre Obarrio, la mayoría de la doctrina sostiene que "causa

³⁸ CREUS, ob. cit., p. 491.

³⁹ CNCCor, sala I, 3-9-2002, causa "Tunik".

⁴⁰ En el parágrafo 163, I del Código alemán se establece que cuando sea llevada a cabo por negligencia una actuación de las señaladas en los parágrafos 154 a 156, procederá una pena de privación de libertad de hasta un año o multa.

⁴¹ En la versión del Código Penal que se refería al "proceso penal", que tiene una significación más amplia; para Creus las contravenciones estaban comprendidas (CREUS, ob. cit., p. 493).

"criminal" es causa por delito. Citando a Molinario, afirma que esta interpretación es extensiva y no podía aceptarse. Es evidente que cuando se clasifican las causas penales en criminales y correccionales, la causa correccional no es causa criminal. Esto no significa que desaparezca en ellas el falso testimonio, sino que se tratará del delito simple, no del agravado. Con mayor razón, no son causas criminales aquellas que versan sobre faltas o contravenciones⁴².

Sin embargo, el tipo legal abarca tanto delitos criminales como correccionales, excluyendo sólo las faltas y contravenciones.

XIII. Falso testimonio agravado por cohecho

Artículo 276: La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.

Como bien lo destaca Eusebio Gómez al analizar este tipo legal de acuerdo al artículo 45 del Código Penal, no llega a entenderse la razón por la cual el sobornante no tiene la misma pena que el testigo que declara mediante cohecho, ya que a aquel se le aplica la pena del simple testigo falso⁴³.

Se trata de una excepción a la participación criminal, que no encuentra ninguna explicación razonable, que por lo tanto debería reformarse.

Otro de los problemas que plantea la agravante es el relativo a la imposición de la multa. Como su monto queda supeditado a la suma abonada para la declaración, cuando ésta no pueda acreditarse fehacientemente, dicha pena sería de imposible aplicación.

Por ello, sería conveniente, en una futura reforma, establecer una multa con montos mínimos y máximos, para evitar que, en los casos aludidos, se torne inaplicable la disposición.

Finalmente, en consonancia con las últimas reformas legislativas, debería agravarse el delito cuando el sujeto activo es funcionario público.

⁴² AGUIRRE OBARRIO y MOLINARIO, ob. cit., p. 424.

⁴³ GÓMEZ, ob. cit., p. 598.

EN BUSCA DE LOS LÍMITES PERDIDOS ENTRE LOS TIPOS PENALES DE COHECHO Y DE CONCUSIÓN

por GONZALO SEGUNDO RUA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Un repaso por la historia de los tipos penales. 3. La interpretación doctrinal y jurisprudencial sobre los límites imprecisos de ambas figuras. La confusión como eje central y dominante. a) Doctrina. b) Jurisprudencia. 4. Una primera aproximación. 5. ¿Acuerdo libre o coacción? Dificultad probatoria. 6. Los casos dudosos o difíciles. 7. La destrucción de algunos mitos. a) La naturaleza jurídica del cohecho no es en esencia un delito de codeinfluencia necesaria. b) ¿La "solicitud" de una dádiva de parte del funcionario público como comienzo de ejecución? c) La imperiosa necesidad de una reforma sobre la figura de cohecho pasivo. d) La acción típica de "solicitar" en la figura de concusión. 8. Conclusiones.

1. Introducción

Nuestra Nación ha asumido el compromiso internacional de realizar todos los esfuerzos dirigidos a prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción¹ al aprobar mediante la ley 24.759² la Convención Interamericana contra la Corrupción, que fuera elaborada en el marco de la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción, realizada por la Organización de los Estados Americanos, demostrando de ese modo su firme intención de hacer frente a todos los actos de corrupción, con el alcance que el

¹ Conforme surge de la última parte del preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

² Publicada en el B. O. el 17-1-97.

artículo VI le da, y que claramente incluye al cohecho—activo y pasivo—, a la concusión y a las exacciones ilegales, tal como se encuentran—en la actualidad—legisladas en el Código Penal argentino³.

Frente a los compromisos estatales asumidos, motivados en la profunda preocupación por un problema de indudable trascendencia político-criminal, cual es la gravedad que reviste en la Argentina la delincuencia económica cometida por funcionarios (públicos)⁴, se con- trapone la realidad social y jurídica, que se encuentra “caracterizada por una muy alta cifra negra y una escásísima cuota de esclarecimiento en los pocos casos concretos en que se emprende una investigación”⁵.

Es que los compromisos internacionales asumidos, sin otro aditamento, en nada influyen en la selección penalizante o criminalización⁶ que el Estado realiza sobre un grupo de personas que escoge para someterlas a su coacción⁷. La criminalización primaria en nuestro actual

³ El artículo VI especifica como actos de corrupción los siguientes: “a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajitas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. 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; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o conabulación para la comisión de cualquier de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

⁴ SANCINETTI, Marcelo, *Negociaciones incompatibles con funciones públicas*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, p. 72.

⁵ Ibidem.

⁶ Conf. ZAFFARONI, Eugenio R.; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 6.

⁷ A modo de ejemplo cabe consignar que el Código Penal español, en su artícu-

marco legal, contrariado el carácter de *ultima ratio* que debe poseer el Derecho Penal, tiende a ser un programa inmenso que resulta imposible pretender abarcarlo en su totalidad, entrando a jugar sobre este criterio de orientación selectiva de la criminalización secundaria, que es manejado fundamentalmente por las agencias policiales⁸.

Es por ello que frente a la pequeña capacidad de captación de parte de las agencias de criminalización secundaria y frente a la inmensidad del programa encomendado, deben optar por la inactividad o la selección, siendo la elección por la segunda de las opciones, por cuanto la primera acarrearía su desaparición⁹.

Y es la ausencia de directivas estatales precisas que tiendan a coadyuvar con el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, sumada a la falta de una política criminal adecuada a esos fines, lo que provoca que opere en los delitos contra la administración pública en general—“la impunidad como regla y la criminalización secundaria como excepción”¹⁰, la que sólo abarca aquellos casos más groseros, de más fácil investigación y que encuadran en el “estereotipo de delincuente que la propia sociedad crea en el imaginario colectivo”¹¹, por ser los más vulnerables frente a la criminalización.

Precisamente, ante esa falta de vulnerabilidad, los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones no son fácilmente captados por el sistema, a pesar de la altísima cifra negra que marca el alto índice de corrupción que opera en la Argentina¹², siendo que cuando son aprehendidos por la criminalización secundaria el sistema “se desconcierta en los casos excepcionales en que selecciona a quien no encaja

lo 427, con el objeto de facilitar la persecución del cohecho pasivo, concede la impunidad al particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva, siempre que denunciar el hecho ante la autoridad (conf. MUNOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 965).

⁸ ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, ob. cit., p. 7.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ob. cit., p. 8.

¹¹ Ibidem.

¹² Clara muestra de ello es el índice de percepción de corrupción elaborado en el año 2004 por Transparency International, que, sobre un total de ciento cuarenta y seis países, ubica a la Argentina en el puesto 108 con mayor nivel de corrupción. La información mencionada puede ser consultada en www.transparency.org.

en ese marco (las agencias políticas y de comunicación lo presionan, los abogados formulan planteamientos que no sabe responder, en las prisiones debe asignarles alojamientos diferenciados, etc.)¹³.

Y aun en los pocos casos captados por el sistema, la elevada dificultad probatoria¹⁴, sumada a las deficiencias legislativas, conspiran contra su determinación¹⁵.

Por ello, y a modo de síntesis, la escasez o ausencia de sentencias condenatorias en muchas de las figuras que tienen que ver con los delitos que atañen a la administración pública como bien jurídico tutelado se deba a la dificultad probatoria, la falta de vulnerabilidad de sus autores, la carencia de un manifiesto interés estatal directo en perseguir tales hechos para que puedan ser captados por la criminalización secundaria y, en lo que respecta al cohecho, incluso, la falta de una legislación moderna y de interpretación uniforme opera a favor de su impunidad¹⁶.

¹³ Ob. cit., p. 9. Claro ejemplo de la falta de vulnerabilidad en los delitos contra la administración pública se observa fácilmente de cotejar que aun en delitos de dudosa constitucionalidad, como ser el de enriquecimiento ilícito, en los que resulta más fácil probar el hecho delictivo, no se hayan obtenido resultados favorables. En tal sentido, Marcelo Sancinetti expresa que "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 sesenta, y notoriamente más intensa la desconfianza de la sociedad hacia los funcionarios públicos sino que tampoco se registró ninguna condena por este delito" (conf. *El delito de enriquecimiento ilícito*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 18).

¹⁴ SANCINETTI, *Negociaciones incompatibles...* cit., p. 72.

¹⁵ Pero esta falta de casos sometidos a estudio no es un mal propio de este siglo. Ya Francesco Carrara asentaba en su *Programa de Derecho Criminal* lo siguiente: "Un fenómeno extraño sorprende al espíritu del estudioso en materia de concusión, pues mientras en todas las jurisprudencias abundan innumerables casos prácticos de todo género de delitos, se encuentran pocos documentos acerca de la concusión propia. Explicar esto con la afirmación de que en Europa, en el curso de más de tres siglos todos los empleados superiores e inferiores se han abstenido constantemente del abuso de su poder [...] sería afirmar algo que no sé si se requiere más audacia para decirlo que ingenuidad para creerlo" (reimp. inalterada, *Parte especial*, Temis, Bogotá, 1998, vol. 5, t. 7, p. 128).

¹⁶ Si bien referido al delito de negociaciones incompatibles, Florencia Hegglín da cuenta también en este ilícito de la falta de antecedentes condenatorios. De allí concluye

Ante un cuadro poco alentador y a los efectos de fulminar motivos que puedan cooperar con la impunidad que preside gran parte de las figuras que protegen a la administración pública, con el presente tra-bajo intento marcar los puntos oscuros que sobre estas figuras presenta la legislación para dar meridiana claridad sobre éstas, constatar la existencia de conductas reprochables que hayan quedado fuera del programa punitivo estatal y trazar la delgada línea que delimita los contornos de las figuras penales de cohecho -activo y pasivo- y de concusión, valiéndome de la correcta interpretación de los principios acotantes del poder punitivo como una de las fórmulas de aplicación¹⁷. No se trata de una empresa fácil de abordar. Su imprecisa interpretación sistemática fue eje de discusiones desde los primeros textos que abarcaron la temática y se mantiene hoy viva en nuestra más avezada doctrina.

que ello pueda deberse, entre otros motivos, "al temor instalado en los empleados de las distintas instituciones públicas a ser relegados en sus carreras y la escasa credibilidad en la justicia federal", sumándole luego los inconvenientes propios de la figura, como ser la vaga definición de la acción típica. Pareciera tratarse de un inconveniente que engloba a todas las figuras que tutelan la administración pública.

¹⁷ En el actual Código Penal, según ley 25.188, las figuras básicas de cohecho activo y pasivo y concusión se encuentran reguladas en los siguientes tipos penales: Art. 256: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones".

Art. 258: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo, y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo".

Art. 266: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitar, exigiere o hiciera pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrar mayores derechos que los que corresponden".

Art. 268: "Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores".

Ya en el recordado texto de Francesco Carrara¹⁸ se observaba la problemática que giraba en torno a ambas figuras. Afirmaba que así como es de clara y de precisa la línea que separa estos delitos por el aspecto de las consecuencias jurídicas (pues todos afirman que en la corrupción el particular es un codeincente, un sujeto activo del delito, mientras en la concusión no es sino un sujeto pasivo no imputable), así es de difusa y casi indefinible esa línea por el aspecto de las condiciones¹⁹. Es que tratándose ambos de tipos penales que protegen idéntico bien jurídico—administración pública—y que castigan la venalidad del funcionario público, los límites no siempre son lo suficientemente nítidos.

Por citar algunos ejemplos de su indescifrable frontera, habrá que precisar qué imputación cabe contra el funcionario público que inicia las tratativas o gestiones para arribar a un acuerdo ilícito y contra el particular que ofrece la dádiva, ante esa previa solicitud. Y qué imputación cabe si aquél es quien solicita la entrega de una determinada suma de dinero. ¿Varía la imputación si el particular acepta la solicitud del funcionario público? ¿Y puede serle reprochado al particular el entregar la dádiva en esos términos?

La precisión que requiere tamara empresa será el punto neurálgico de este trabajo, y su esfuerzo hizo que en esta oportunidad haya optado por desatender el resto de la problemática que gira en torno a las figuras de concusión y cohecho²⁰. Tal estudio quedará para otra oportu-

¹⁸ En su *Programa de Derecho Criminal*, Francesco Carrara advertía que, a pesar de las diferencias entre una y otra figura, ellas no eran fáciles de advertir en la práctica, calificando como “de difusa y casi indefinible” a la línea que separaba a ambos tipos penales, manteniendo la ilusión por descubrir una “fórmula idónea para prevenir toda clase de equívocos” (*Parte especial* cit., vol. 5, t. 7, parágrafo 2574, p. 120).

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Para el análisis de los tipos penales de cohecho y concusión se recomienda la lectura de DONNA, Edgar, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, ps. 209, 331 y ss. Precisamente la obra del Prof. Donna tuvo el gran mérito de haber renovado la discusión académica sobre el correcto alcance de los tipos penales. Advirtase que luego de las obras clásicas de Ricardo Núñez y Sebastián Soler, entre otras, hubo que esperar varias décadas para contar con una obra de la parte especial del Código Penal que analice los tipos penales acorde a un modelo finalista o postfinalista.

tunidad, mas por la endeble limitación de la imprecisa frontera trazada tanto en doctrina como en jurisprudencia me veré obligado a realizar un análisis somero de ambos tipos penales.

2. Un repaso por la historia de los tipos penales

Tal como enseña Zaffaroni, para desentrañar la historia de un tipo penal es menester proceder a rastrearlo a través de códigos y leyes de diferentes épocas, en los que cierta o probablemente se inspiraron los legisladores históricos o los que le sirvieron de fuente, pues los códigos no surgen por efecto de reacciones enteramente originales²¹. De ese modo, el desentrañar su origen nos permitirá desandar el camino para la correcta interpretación de los tipos penales sometidos a estudio.

Claro que la genealogía de un tipo penal será más fructífera en aquellos casos en que la decisión histórica del legislador al crear un tipo penal —y por ende, decidir en abstracto un conflicto a favor de los intereses de cierto grupo o sector social por encima de otro— se presenta como de dudosa constitucionalidad a la luz de un Derecho Penal liberal²²—dudas que claramente no se presentan en esta figura—. Sin embargo, bucear sobre sus orígenes nos dará una idea sobre la correcta delimitación de la figura de cohecho, al ser delineada en sus comienzos.

Sentado ello cabe precisar que en su génesis el delito de cohecho y el de concusión se encontraban confundidos en una misma norma que receptaba a ambas figuras sin distinción. Ambas conductas típicas tuvieron su origen en el Derecho Romano, que las preveía dentro

²¹ ZAFFARONI, Eugenio, *Genealogía del tipo de concusión de menores e incapaces*, en NDP 1996-A, p. 103, Editores del Puerto, Buenos Aires. Aclara que por lo general, "una criminalización primaria responde a una situación que se desnormaliza y que requiere ser nuevamente normalizada y en todo eso juegan tanto intereses como imaginario. Esta descripción es la fuente histórica o genealogía del tipo".

²² En el texto recién citado, Zaffaroni analiza la genealogía del tipo contemplado en el art. 174, inc. 2º del Código Penal, el cual presenta mayor complejidad, ante la falta de transparencia en el origen de la norma, la cual de por sí se presenta como constitucionalmente sospechosa al haber sido importada por el Código de Napoleón y el de Rocco, que no son modelos de legislación liberal.

de la figura de *crimen repelandum*, que incluía la conducta del funcionario público que hubiera obtenido una dádiva, ya fuera exigiéndolo, ya sea por un acuerdo²³. Se trataba de una acción legal tendiente a que los particulares pudieran recuperar lo que ilícitamente el funcionario había obtenido.

La palabra "corrupción" incluía ambos supuestos—con el consentimiento del particular o a través de una exigencia del funcionario público— y se empleaba para designar que la esencia de este delito consistía en la corrupción moral del magistrado que era perceptible tanto en uno como en otro caso²⁴.

Carrara señalaba que cualquier abuso que haga un oficial público de la autoridad que le fue conferida es un delito en extremo indigno y de grave daño político; pero éste aumenta cuando ese oficial abusa de su poder por bajas miras de codicia²⁵.

Las figuras de cohecho y concusión se mantuvieron confundidas por mucho tiempo, siendo recién el Código francés de 1792 el primero en separarlas, luego receptadas de esta forma por el Código Penal español de 1822²⁶, antecedente directo del Proyecto Tejedor.

El Proyecto Tejedor le dedicó un título especial a la figura de cohecho, comprendiendo en el artículo 390 la corrupción referida a todo empleado administrativo "que recibiere dinero o cualquier otra dádiva, o que aceptase una promesa directa o indirecta para hacer o dejar de

²³ Conf. FERINI, C., *Diritto Penale Romano*, en *Enciclopedia Pessina*, t. 1, p. 405, cit. por FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. VII, p. 287.

²⁴ El bien jurídico tutelado por excelencia era la administración pública y evitar la corrupción moral del funcionario público, que se encontraba presente en ambos casos—en la aceptación de una dádiva previo acuerdo con el particular como en la exigencia efectuada a éste—. Es por ello que, más allá de la mayor gravedad que presentaba la segunda de las conductas imputadas por lesionar también el patrimonio del particular, se la consideraba una distinción no esencial para la figura.

²⁵ Conf. *Programa*... cit., párrafo 2543, p. 91. En nota al pie, Carrara destaca que en virtud de la gravedad que presentaba el delito, en las XII Tablas lo declararon delito capital, siendo luego modificada la pena por considerársela excesiva, modificándola a la de destierro y confiscación de bienes cuando el funcionario corrupto resultaba ser un juez penal, en la Novela 124 de Justiniano.

²⁶ Conf. FONTÁN BALESTRA, *Tratado*... cit., t. VII, p. 287.

hacer alguna cosa", distinguiéndolo del cohecho realizado por el juez. Asimismo, dedicó a las exacciones y concusiones el Capítulo X del título de los crímenes y delitos pecuniarios a los empleados públicos, a los fraudes y exacciones. Allí tipificó en el artículo 420 como figura básica la conducta del "empleado público que arbitrariamente exija una contribución o cometa otras exacciones, aunque sea para el servicio público".²⁷

El Proyecto de 1881²⁸, el Código Penal de 1886²⁹, el Proyecto de 1891³⁰, el de 1906³¹ y el de 1917³² no formularon mayores modificaciones en las figuras de cohecho y exacciones ilegales, llegando la presente figura al Código Penal de 1921³³, tal como se encontraba regulado hasta la modificación efectuada por la ley 25.188, denominada de "Ética Pública", actualmente vigente.

Los Proyectos Coll-Gómez (1937)³⁴, Peco (1941)³⁵, el de 1951³⁶, 1953³⁷ y 1960³⁸ se caracterizaron por agregar como acción típica las exacciones ilegales la de "inducir a alguno a dar o prometer indebidamente para la administración pública dinero o cualquier otra ventaja patrimonial".

El Proyecto de 1979 fue el más novedoso al mantener la inducción dentro de las acciones típicas de las exacciones y agregar como verbo típico el de "solicitar" en la figura de cohecho, desdoblándolo en propio e impropio, pero el fallecimiento de Sebastián Soler, que presidía la comisión revisora, atentó contra su tratamiento³⁹.

²⁷ Conf. ZAFFARONI, Eugenio y ARNEODO, Miguel, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, AZ, Buenos Aires, 1996, t. 1, ps. 486 y 510.

²⁸ Ob. cit., t. 2, ps. 94 y 103.

²⁹ Ob. cit., t. 2, ps. 251 y 259.

³⁰ Ob. cit., t. 2, ps. 685 y 692.

³¹ Ob. cit., t. 3, ps. 386 y 389.

³² Ob. cit., t. 4, ps. 181 y 182.

³³ Ob. cit., t. 4, ps. 271 y 273.

³⁴ Ob. cit., t. 4, ps. 738 y 740.

³⁵ Ob. cit., t. 5, ps. 686 y 690.

³⁶ Ob. cit., t. 6, ps. 149/150.

³⁷ Ob. cit., t. 6, ps. 339/340.

³⁸ Ob. cit., t. 6, ps. 510 y 514.

³⁹ Se tipificó en su artículo 353: "Cohecho impropio. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de treinta a cien días, el funcionario público que,

3. La interpretación doctrinal y jurisprudencial sobre los límites imprecisos de ambas figuras. La confusión como eje central y dominante

a) Doctrina

De un breve repaso por los principales expositores de la doctrina nacional, fácil es advertir la disparidad de ideas existente en este tema, lo que ha conspirado con el logro de adoptar una mayor claridad sobre el alcance de ambos tipos penales.

Sebastián Soler considera que la corrupción pasiva consiste en recibir o aceptar, afirmando que el nombre de esta figura proviene no sólo de la consideración del sujeto, sino de que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva. De allí que cuando el funcionario sale de esta actitud, para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión⁴⁰. Entiende que existe una marcada distinción entre la exacción y el cohecho, pero reconoce que en algunas formas de insinuación de parte del funcionario público tendientes a que la promesa corruptora sea formulada, ofrece una diferencia muy tenue. Asimismo, si bien acepta que en el cohecho cualquiera de las partes puede tomar la iniciativa⁴¹

por sí o por persona interpuesta, solicitar o recibir una dádiva o cualquier otra ventaja indevida o aceptarse la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones”.

Art. 354: “*Cuhecho propio*. Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa no menor de sesenta días, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, solicitar o recibir una dádiva o cualquier otra ventaja, para una retribución de esa naturaleza, para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido”.

Art. 361: “*Concusión*. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario público que, abusando de su cargo, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial”.

Art. 362: “*Exacción ilegal*. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebido o mayores que los que correspondan” (ZA-FFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 7, ps. 368 y 370).

⁴⁰ Conf. SOLER, Sebastián, *Tratado de Derecho Penal*, Tea, Buenos Aires, 1994, t. V, p. 211.

⁴¹ Ob. cit., p. 253.

—que podría estar dada por un pedido sin exigencia del funcionario—, luego parece contradecirse al afirmar, siguiendo los criterios trazados por Manzini⁴², que cuando el funcionario pide o exige entramos al terreno de la concusión⁴³.

Ricardo Núñez parece ubicarse en una postura contraria a Soler, al concluir que para que exista una exacción en los términos del artículo 266, no basta con que el funcionario insinúe o pida indebidamente sin ejercer coerción o sin valerse del error ajeno. Si ante esta conducta el tercero paga o entrega, o si la iniciativa de la entrega parte del tercero y el funcionario recibe, no se tratará de una exacción, sino de un cohecho, pues en un caso el funcionario recibe la dádiva sin abusar de su cargo por coerción o aprovechamiento del error de la víctima y, en el otro, se limita a aceptarla⁴⁴.

Por su lado, Carlos Fontán Balestra se limita, al distinguir ambas figuras, a afirmar que en el cohecho se requiere el acuerdo de voluntades, mientras que en las exacciones ilegales es preciso una exigencia de parte del funcionario público⁴⁵. Sin embargo, no efectúa ninguna apreciación sobre los casos en que el funcionario se limita a solicitar. Edgardo Donna afirma que en el cohecho el funcionario acepta el ofrecimiento ilegítimo, mientras que en la exacción ilegal es el funcionario público el que exige, pide, lo que es esencial en este comportamiento típico. Concluye que no hay en la exacción un acuerdo de voluntades, un contrato, si así se lo quiere llamar, sino que es una exigencia con vicio en la voluntad de una de las partes⁴⁶.

Carlos Creus, siguiendo una línea mayoritaria, adhiere a la postura de quienes entienden que el cohecho pasivo es un delito de codein-cuencia necesaria y que exigen de parte del funcionario una actitud pasiva⁴⁷. Afirma que el funcionario que no se limita a recibir o aceptar,

⁴² MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Ediar, Buenos Aires, 1961, t. VIII, vol. III, ps. 112/113.

⁴³ Ob. cit., p. 254.

⁴⁴ NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1992, t. V, vol. II, p. 134.

⁴⁵ FONTÁN BALESTRA, *Tratado...* cit., t. VII, p. 344.

⁴⁶ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 226.

⁴⁷ CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 272.

sino que requiere, impone o procura el ofrecimiento o la promesa, sale de este delito para entrar o en el capítulo de las exacciones o en los delitos contra la propiedad. No obstante —y en esto asemejándose a lo dicho por Soler— concluye que la mera sugerencia o los actos tendientes a favorecer el ofrecimiento o la promesa no quedan comprendidos en esta última categoría y pueden dar pie al cohecho⁴⁸.

Andrés D'Alessio afirma que tanto en las exacciones como en la concusión es el funcionario quien exige, mientras que en el cohecho existe un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el particular. Concluye que si bien la exigencia del funcionario para que el otro pague o prometa algo nos lleva al ámbito de la concusión o de las exacciones ilegales, no es indispensable que en el cohecho la actitud del funcionario sea totalmente pasiva. Incluso puede ser el quien ponga el acuerdo, sin que por ello se vea doblegada la voluntad del que paga o promete⁴⁹.

Jorge Luis Rimondi, al comentar el fallo "Wowe, Carlos", de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, del 30 de octubre de 1998, si bien acepta que dentro del marco legal de la figura penal de cohecho pasivo el funcionario público pueda facilitar la tarea del particular, tendiéndole un "puente de plata"⁵⁰, es concluyente en afirmar que la propuesta corruptora siempre debe partir de éste para que se configure el delito de cohecho.

Concluye que nunca la iniciativa del acuerdo puede partir del fun-

⁴⁸ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 272.

⁴⁹ D'ALESSIO, Andrés, *Código Penal comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 825. En la misma línea se enrola José María Orgeira, quien le resta

transcendencia al papel activo o pasivo del funcionario público, bastando para el cohecho con que éste insinue o pida sin ejercer coerción o sin valerse del error ajeno, siempre que el tercero pague o entregue (*El funcionario público que pide una dádiva: conducta delictiva o atípica*, en L. L. 1983-A-725). Sin embargo, al igual que el resto de la doctrina que se enrola en esta postura, no da solución alguna para aquellos casos en que la propuesta no es aceptada por el particular.

⁵⁰ RIMONDI, Jorge Luis, *La doctrina del puente de plata en el cohecho*, en L. L. 1999-B-309. En ese trabajo hace alusión al tendido de un puente de plata, a la posibilidad de que exista cierta actividad facilitadora del funcionario público, previa a la formulación de la propuesta corruptora por parte del particular.

cionario en la corrupción, por cuanto la "situación de prevaencia del funcionario, dada por la autoridad pública que detenta, impide la posibilidad de un acuerdo entre pares con el particular"⁵¹. Por su parte, Javier De Luca realiza el distinguo entre ambas figuras no ya en el rol activo o pasivo del funcionario público. Afirmo que "la esencia del problema no está en quien procura o propone el acuerdo sino en lo que el pacto buscado significa para ambas partes"⁵², concluyendo en que habrá cohecho cada vez que el consentimiento del particular no se encuentre viciado por temor.

b) *jurisprudencia*

Conforme a la disparidad de criterios establecidos entre los diversos autores recién comentados⁵³, la jurisprudencia nacional se mostró también vacilante en los pocos casos traídos a conocimiento de los Tribunales Orales en lo Criminal de Capital Federal. A modo de ejemplo cabe consignar algunos de los fallos más conocidos en orden al delito de cohecho.

1) *Tribunal Oral en lo Criminal Nº 12, "Wowe, Carlos", del 9 de junio de 1995*⁵⁴

Hechos.

El citado Tribunal tuvo por probado que el entonces juez nacional de primera instancia en lo Civil, Wowe, había intentado requerir al demandado, en un expediente que tramitaba bajo su juzgado y antes de que en éste se corriera traslado de la demanda, a través de otro juez, N., que era conocido de ambos, la entrega de diversas sumas de dinero a cambio de beneficiarlo en dicho proceso. Estos beneficios serían los de darle una ventaja procesal al dejarle conocer el contenido de la demanda antes de su notificación formal y el de correr con el caballo del comisario, aprobar y rechazar pruebas, darle toda la mano

⁵¹ RIMONDI, ob. cit., p. 310.

⁵² *Cohecho y concusión*, en L. L. 1999-E-341.

⁵³ Me refiero a lo relativo a los interrogantes que dejáramos asentados en el apartado primero.

⁵⁴ Publicado en L. L. 1999-E-331.

que quiera, tener al juzgado a favor suyo, etcétera, que el tribunal oral interpretó como ganar el pleito⁵⁵.

El fallo.

Se consideró que la conducta del juez Wowe encuadraba en la figura de concusión. Establecieron que "la diferencia entre el cohecho pasivo y la concusión radica en que en el primero existe un acuerdo espurio, mientras que en el segundo no hay tal acuerdo: la víctima da una dádiva por miedo al poder público o bien inducida por el funcionario público que abusa de su cargo o por una persona interpuesta. En consecuencia, el reproche penal sólo se dirige hacia el funcionario que recibe, ya que el consentimiento de la víctima aparece viciado". Concluyeron que "para que se configure el delito de concusión del artículo 266 del Código Penal no se necesita llegar a la exigencia extorsiva, pues, basta con persuadir o convencer al sujeto pasivo mediante el uso abusivo del cargo".

Sin embargo, producto de la inestable doctrina tejida sobre las figuras de cohecho y concusión, sobre ese mismo soporte fáctico los anteriores tribunales que tuvieron conocimiento sobre los hechos allí ventilados le dieron a éstos una calificación diferente.

Tanto el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción interviniente al dictar el procesamiento⁵⁶, como la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional⁵⁷ al revisarlo, en fallos novedosos, calificaron esos hechos, con el grado de probabilidad que requiere dicho auto interlocutorio, como constitutivos del delito de cohecho pasivo en grado de tentativa, tirando por la borda la doctrina que alude a esa figura como de codevincuencia necesaria.

En esa oportunidad consideraron que para que exista concusión no bastaba con que el funcionario insinúe o pida sin ejercer coacción o sin valerse del error ajeno. Si ante esta conducta el tercero paga o entrega o si la iniciativa de la entrega parte del tercero y el funcionario recibe, no se tratará de una exacción sino de un cohecho. Consideraron

⁵⁵ Los hechos transcritos surgen del Capítulo I del trabajo antes citado de Javier De Luca.
⁵⁶ JNCrim. Instr. Nº 20, causa 27.616/96, resuelta el 15-8-96.
⁵⁷ CNCCorr., sala I, causa 5587, resuelta el 18-9-96. El fallo puede ser consultado en E. D. 175-431.

que no había duda de que el juez no había coaccionado, sino que mediante actos idóneos pretendía llegar a un acuerdo mediante el pago de dinero, y que razones ajenas a su voluntad impidieron la consumación del hecho.

2) *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, "Varela Cid, Eduardo y otro s/Rec. de casación", registro 2763, causa 1626, del 29 de agosto de 2000*

Hechos.

Se le imputó a Eduardo Varela Cid, con la participación necesaria de Juan José Girella, haber requerido a la Cámara de Prestadores Postales de la República Argentina, representada por José Raúl Ongaro, una suma de dinero de entre cinco mil y diez mil pesos por cada uno de los correos componentes de la institución, petición que se concretó en las oficinas del primero el día 12 de julio de 1995 en horas de la tarde, a fin de evitar que la ley de correos fuera aprobada por la Cámara de Diputados.

Los fallos.

Al igual que lo ocurrido en el precedente antes citado, advertimos diferentes interpretaciones jurídicas sobre un mismo soporte fáctico.

En base a tales hechos, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5 de Capital Federal⁵⁸ entendió que la conducta de Varela Cid era encuadrable jurídicamente dentro del tipo penal de concusión, contemplado en el artículo 266 del Código Penal, resolviendo condenarlo a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional y cinco años de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos.

Entendió que la conducta antes descripta encuadraba en la figura de concusión, pues la demanda dineraria efectuada a cambio de lograr el retraso en el tratamiento de la ley en cuestión en la Cámara de Diputados y el "arreglo" de los pertinentes artículos, que resultaban perjudiciales a los intereses de los prestadores postales, reunió en el caso carácter coactivo, suficiente para presionar psicológicamente o constreñir la voluntad de las víctimas de la solicitud dineraria. Con-

⁵⁸ Este fallo puede consultarse en L. T. 1999-D-295, con nota de RIMONDI, Jorge Luis, *La tipificación de la concusión en el artículo 266 del Código Penal*.

cluyó que para que la conducta pueda ser enmarcada en el tipo del artículo 266 es suficiente que el funcionario haga nacer el temor de su poder. Y en el caso que nos convoca está acreditado que la exigencia de dinero por parte de los encausados causó el señalado estado de ánimo. Para eso baste reparar en que finalmente se decidió no satisfacerla luego de haberse celebrado varias reuniones y cabildos entre los prestadores postales que formaban parte de la Cámara presidida por Ongaro.

Finalmente la sentencia condenatoria fue casada por la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, absolviendo a los imputados, según el voto mayoritario.

Por su lado, la doctora Capolupo de Durañona y Vedia trazó la distinción entre ambas figuras en que en la concusión la voluntad del que paga está viciada por el temor que la exigencia del funcionario ha engendrado o, por lo menos, por el error que este último puede inducir en el primero, mientras que en el cohecho existe un acuerdo de partes que es voluntariamente perfecto. Acto seguido, añadió que en la concusión el funcionario pide o exige. No se requieren formas de intimidación, bastando con que pueda existir una intimidación tácita surgida de la condición de autoridad del sujeto activo.

Y en base a ello concluyó que la acción típica seleccionada "extorquir" no se satisface con el simple pedido, solicitud o requerimiento de una dádiva si, además, no se encuentra acompañada de circunstancias que lo transformen en una exigencia, no quedando atrapada por ninguna otra figura penal y votando por la absolución de los imputados.

En igual sentido se expresó la doctora Amelia Berraz de Vidal, quien compartió el voto mayoritario que sostuvo la absolución de los imputados. Concluyó que la concusión requiere un abuso del cargo y una exigencia para poder obtener una dádiva y que de las circunstancias comprobadas no quedó acreditada la existencia de una presión psicológica, una demanda imperiosa, ni se ha valido el imputado del poder compulsivo de su potestad funcional.

Sin embargo, al hacer referencia a la reforma al tipo penal efectuada por la ley 25.188, que agrega el verbo típico "solicitar", no vigente al momento del hecho, explica que esa acción típica amplia suficien-

temente el espectro de situaciones alcanzadas por la punición del tipo de las exacciones ilegales, como para abarcar —en principio— acontecimientos como los allí investigados⁵⁹.

Del voto minoritario del doctor Gustavo Hornos se extraen idénticos fundamentos que los dados por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 5, antes citado.

3) *Tribunal Oral en lo Criminal Nº 11, "Visciglia, Antonio y otros", causa 664, resuelta el 8 de julio de 1999*⁶⁰

Hechos.

Se tuvo por probado que Antonio Visciglia, como vicepresidente interinamente a cargo de la Presidencia de Almagro Construcciones SA, encomendó y pagó al carpintero Noel Rodríguez Tejera distintas sumas de dinero destinadas a la instalación de un mueble vestidor, en la vivienda del 5º piso, departamento "A", de la Avenida Quintana 59/61 de Capital Federal, propiedad de Francisco Miguel Ángel Trovato, cuyo costo en insumos y mano de obra ascendía a diecinueve mil pesos.

Tal acto tuvo por objeto la obtención de un pronunciamiento favorable en los autos 38.606/95, caratulados "Lourdes Manzanarés s/Muerte dudosa", en trámite, en ese entonces, por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nº 25, a cargo de Francisco Trovato, en la que la firma Almagro Construcciones aparecería involucrada con responsabilidad penal, con motivo del fallecimiento de la menor Lourdes Manzanarés.

Por su lado, Francisco Miguel Ángel Trovato aceptó la dádiva ofrecida por Visciglia, consistente en la colocación de un vestidor por valor de diecinueve mil pesos en su domicilio del 5º piso, departamento "A", de la Avenida Quintana 59/61, con el objeto de que ordenara el levantamiento de la clausura de un ascensor en el marco de la causa antes citada y para disponer el archivo de las actuaciones, lo que aconte-

⁵⁹ Sin embargo, parece no advertir que las figuras de concusión y de exacciones ilegales exigen una presión psicológica que limite la libertad de decisión del particular.

⁶⁰ El que me fuera gentilmente proporcionado por personal del citado Tribunal.

teció luego de que comenzara la ejecución del placard. Previo a ello, Trovato tuvo una actividad irregular en la tramitación de la causa, con lo cual indujo a Visciglia al ofrecimiento de la dádiva.

Fallos.

El citado Tribunal Oral en lo Criminal encuadró esas conductas en las figuras de cohecho activo y pasivo, calificado por la condición de juez (arts. 257 y 258 del Cód. Pen.), en la inteligencia de que hubo un acuerdo libre de ambas partes. Con esto, se concluyó que la inducción que Trovato habría desplegado con sus actos no tuvo la fuerza para ser considerada como un factor de coerción sobre la voluntad del particular.

La sentencia fue confirmada por la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal⁶¹. Allí, apoyándose en un antiguo trabajo de Humberto Vidal⁶², expresó que para la figura del cohecho resulta indiferente que la iniciativa parta del funcionario, si ella se limita a insinuaciones o sugerencias más o menos hábiles y encubiertas, silencios o gestos sugestivos, para que la oferta corruptiva sea pronunciada. Pero destacó que la iniciativa del corrupto no debe alcanzar una jerarquía tal que coarte la libre iniciativa de la otra parte. Concluyó que el límite máximo de participación inicial del funcionario debe limitarse a las insinuaciones o sugerencias antes aludidas.

Sobre esas bases, descartó la inexistencia del pacto o de su inviolabilidad, aun cuando mediara una cierta actividad del juez interpretada como señal, implícita, por parte del proponente, pero que no tuvo el carácter de exigencia, solicitud o requerimiento compulsivo e intimidatorio, que pueda transformar esa conducta en una concusión.

4) Una breve reflexión

De la lectura de los hechos que se tuvieron por probados en los precedentes asentados bajo los apartados 1) y 2) se advierte una gran similitud fáctica y, contrariamente a ello, una importante diferenciación en su encuadre jurídico.

⁶¹ Causa 1785, "Trovato, Francisco s/Recurso de casación", registrada bajo el Nº 2614 y resuelta el 31-5-2000.

⁶² Me refiero al trabajo titulado *Cohecho*, publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Año XXXII, Nº 4/5, octubre/noviembre de 1968, ps. 231 y ss.

En efecto, tanto en uno como en otro caso se trató de un funcionario público que, en ejercicio de sus funciones, dio inicio a las tratativas ilícitas y requirió o solicitó una suma de dinero por la realización de un acto que estaba dentro de su esfera de competencia.

En ninguno de los casos el funcionario interviniente tenía una situación de dominación sobre el particular⁶³—en el primer caso, al particular le bastaba con recusar sin causa al juez para apartarlo del caso; en el segundo, el diputado no presidía ni siquiera integraba un bloque mayoritario en la Cámara, que pudiera influir sobre el resultado del proyecto de ley que se debía revisar⁶⁴—.

En ambos supuestos, la propuesta no fue aceptada por el particular, quien optó por denunciarlo penalmente. Pero mientras que en el precedente “Wowe” se consideró que ese requerimiento había sido una exigencia, en atención al poder que tenía el funcionario público sobre el particular y las posibilidades de influir negativamente en el resultado en caso de no satisfacer la codicia del funcionario, en el precedente “Varela Cid” se concluyó en sentido contrario: para que exista una concusión se exigía algo más que un mero requerimiento. En el medio de ambos fallos definitivos quedaron truncas posturas jurídicas que sostuvieron, en el primero de los fallos anotados, la existencia de un cohecho pasivo en grado de conato—no considerándolo como un delito de codeinfluencia necesaria—(CNCCor., sala I, antes citado), y la existencia de concusión en el precedente “Varela Cid” (TOCr.Fed. Nº 5, antes detallado).

Todo ello, en definitiva, da cuenta de la cantidad de opiniones encontradas—no sólo a nivel doctrinario—que atenta contra una visión integradora del Derecho que precise el correcto límite de aplicación de las normas⁶⁵. Es que de quedar en manos de cada intérprete, en

⁶³ No siempre el funcionario público tiene una situación de preeminencia sobre el particular.

⁶⁴ Así surge de los considerandos del fallo “Varela Cid” comentado.

⁶⁵ El sentar esas bases, a los efectos de interpretar las normas inferiores desde los principios constitucionales acotantes del poder punitivo, dándole a éstos un alcance unívoco, nos permitirá arribar a una concepción de la Constitución como una convención o práctica social; tal como lo explica Carlos Nino, como una suerte de construcción de una catedral a lo largo de un extenso período de tiempo, de modo de

forma libre, la delimitación de ambos tipos penales, se habrá dejado estéril una de las herramientas básicas para limitar el poder punitivo —nótese incluso que en un caso el particular será considerado autor (cohecho activo) y, en el restante, víctima (concusión)—.

La anarquía pasará a gobernar nuestra práctica judicial. Por un lado, el principio de culpabilidad perderá terreno como forma de reprocha-bilidad al autor por no motivar su conducta en una norma, puesto que la subsumción de la conducta —con sus distintas escalas penales— de- penderá del intérprete que en suerte toque.

Por el otro, como la otra cara de la misma moneda, el principio de legalidad⁶⁶ perderá vigor al no poder predecir de antemano las decisiones judiciales al fijarse el alcance de las normas *ex post*, según el intérprete, no surtiendo la ley, de ese modo, el efecto de servir como un aviso previo para los individuos.

El encuadre legal de la mera solicitud de una dádiva de parte de un funcionario público y el aceptar ese ofrecimiento dependerá del intérprete que le corresponda intervenir.

Pareciera que una suerte de intuicionismo se ha apoderado de la materia —y en algunos casos se advierten ciertas aristas de posturas éticas por encima del marco legal—, obviando criterios que tengan so- porte en los principios acotantes del poder punitivo —me refiero basi- camente al principio de legalidad y de culpabilidad antes detallado— y en la genealogía de los tipos penales analizados.

En los próximos apartados aceptaré el desafío de desenmarañar el correcto alcance de ambos tipos penales, a los efectos de evitar que, ante tamaña anarquía interpretativa, el principio de igualdad que debe imperar en toda decisión judicial, como corolario del principio de le-

concatenar nuestras decisiones con las anteriormente adoptadas. De ese modo, la de- cisión del juez será concebida como parte integral de un orden jurídico, fundado por cierto hecho constitucional (NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, 2ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2002, ps. 63 y 67), limitándose la libre discreción judicial (DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, p. 130).

⁶⁶ Aunque hoy en crisis debido a la propia imprecisión del lenguaje, continúa siendo un fuerte contrapeso contra el arbitrio estatal y la irracionalidad del poder punitivo (conf. HASSEMER, Winfried, *Críticas al Derecho Penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 20).

galidad⁶⁷, sucumba y la suerte de todo imputado por hechos que puedan encuadrar en las figuras de cohecho pasivo y concusión dependa exclusivamente del intuicionismo o postura ética del juzgador.

4. Una primera aproximación

I. Para poder realizar una primera aproximación a las similitudes y diferencias básicas existentes entre las figuras de cohecho pasivo y de concusión es preciso delinear algunos aspectos básicos de ambas. Tanto uno como el otro resultan ser ilícitos penales que tutelan el correcto y normal funcionamiento de la administración pública⁶⁸, entendida ésta como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado⁶⁹, castigando la venalidad del funcionario público que, en virtud de su ánimo de codicia, obtiene una dádiva. Asimismo, en ambos casos el sujeto activo actúa dentro del ámbito de su competencia, siendo que en un caso —en el cohecho pasivo— recibe la dádiva o acepta una promesa para realizar, dejar de hacer o retardar un acto propio de sus funciones, mientras que en el otro —concusión o exacciones ilegales— abusa de su cargo para exigir al particular la entrega de una dádiva.

Asimismo, ambos ilícitos penales resultan ser figuras de peligro. No se exige para su consumación en el cohecho pasivo que el funcionario público venal haya dictado la resolución motivada en un ánimo de lucro. Se trata tan sólo de la motivación que debe guiar su accionar. Basta con que acepte la promesa o reciba la dádiva con la ulterior

⁶⁷ Con el principio de legalidad se asegura el principio de reserva y el de igualdad. El primero porque al determinarse que está prohibido, deja asegurado a los habitantes una esfera de libertad reconocida por nuestra Constitución en su artículo 19. El segundo queda también asegurado porque deja a todas las personas en un pie de igualdad frente al *ius puniendi*.

En el caso, el principio de igualdad se ve claramente afectado al no poder asegurarse idéntica reacción estatal —referida a la escala penal— ante conductas similares.
⁶⁸ Conf. CREUS, *Delitos contra la administración pública* cit., p. 271. Al decir de Ricardo Gil Lavedra, se trata de tutelar la probidad del funcionario público en el ejercicio de su cargo (*Acerca del delito de cohecho pasivo*, en *Doctrina Penal*, Año 5, N° 20, 1982, p. 710).
⁶⁹ DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 15.

finalidad de hacer, dejar de hacer o retardar un acto relativo a sus funciones. Se trata de lo que en dogmática se denomina un elemento subjetivo distinto del dolo, una finalidad ultratípica que se exige para la completividad del tipo subjetivo, la que no requiere su correlato en el tipo objetivo⁷⁰. Es más aún, ni siquiera se exige que la motivación ultratípica, esto es, la resolución que se compromete a dictar u omitir, resulte inválida o ilegal. Si ello ocurriese nos encontraríamos también en presencia de la figura de prevaricato, tipificada y reprimida en el artículo 269 del Código Penal.

Por su lado, en las figuras de concusión y de exacciones ilegales tampoco se exige para la consumación que el funcionario público que abuse de su cargo reciba la contribución, derecho o dádiva exigida ni que efectivice el cobro de los mayores derechos que pretende recibir. Bastará con que realice la exigencia indebida con esa finalidad para que el tipo se encuentre completo⁷¹.

En ambos casos se ha considerado suficiente para la consumación la mera situación de peligro cierto que se genera con el acuerdo ilegal que celebran un particular y un funcionario público para la realización de un acto propio de sus funciones motivado en una dádiva (cohecho) o con la exigencia —de valor económico o no⁷²— que un funcionario público, valiéndose de la autoridad y el poder del cargo con el que el Estado lo ha investido, efectúa sobre un particular (concusión o exacciones ilegales). Es que el objeto jurídico en ambos casos es el interés de la administración pública por la probidad y fidelidad del funcionario,

⁷⁰ Conf. DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. 2, p. 88, y BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 336. En igual sentido, GIL LAVEDRA, *Acercas del delito de cohecho pasivo* cit., p. 709.

⁷¹ Carrara señalaba que "es indiferente que después de haber recibido la remuneración, el oficial público haya o no realizado el acto [...] ya que la ofensa contra la justicia quedó consumada y perfecta en la forma cuando se pone precio a un acto del cargo" (parágrafo 2555, p. 101).

⁷² Siendo que el bien jurídico tutelado es la correcta administración pública, éste se verá afectado con todo acto que se encuentre motivado en circunstancias ajenas a la función. De allí que la dádiva no tenga por qué tener un contenido económico. Ver en tal sentido, DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 354 y RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión*, Depalma, Buenos Aires, ps. 80 y 81.

gravemente comprometida por el hecho de que éste motiva su actuación en actos de codicia (cohecho) o por el hecho de exigir a un particular (concusión) valiéndose de la autoridad estatal dada⁷³.

II. No pretendo en el presente trabajo trazar la delimitación entre las figuras de concusión y de exacciones ilegales que han mantenido en vilo a la doctrina nacional y que su estudio amerita una investigación por separado. Bastará en el presente con precisar que suscribo la tesis que elaborara Ramos Mejía⁷⁴, según la cual la diferenciación entre la concusión y las exacciones ilegales radica en el objeto de la exigencia. Así, habrá concusión cuando el funcionario público desde un principio exige para sí una dádiva, algo que por su propia definición nunca puede suponerse como adeudado para el Estado, sino que actúa desde el inicio de la relación invocando su propio provecho. Por el contrario, habrá una exacción ilegal en todo caso en que el funcionario exija una contribución o un derecho en provecho del Estado, el cual se agravará si luego lo convierte en provecho propio.

De este modo, al incluirse como objeto del ilícito contemplado en el artículo 266 del Código Penal a la dádiva, han quedado legisladas dentro de esa norma tanto la concusión—exigencia para sí, puesto que una dádiva no puede tener otra interpretación posible que la de tomarse desde su origen en provecho propio—como las exacciones ilegales—exigencia en favor del Estado—.

Por ello, y tal como ya el título del presente trabajo lo sugiere, la difícil delimitación de sus contornos ocurre entre la figura de cohecho y de concusión, puesto que es en esta última donde el funcionario requiere una dádiva para sí, sin que el particular pueda suponerla como adeudado por el Estado. De allí que la diferenciación entre el cohecho pasivo y la exacción ilegal radique en su objeto; sólo el primero versará sobre una dádiva.

Sentado ello corresponde adentrarnos en el plano de las diferencias entre las figuras de cohecho pasivo y concusión.

III. Hay consenso en precisar que la mayor diferencia entre las figuras de cohecho y concusión radica en la existencia o no de un

⁷³ Conf. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte especial*, Temis, Bogotá, 1955, vol. III, p. 181.

⁷⁴ RAMOS MEJÍA, ob. cit., ps. 39 y ss.

acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular. Allí donde arriben a un acuerdo con el libre consentimiento de ambos, se estará en presencia de un cohecho. Y cuando se fuerce la voluntad del particular, éste tendrá el carácter de víctima y la conducta del funcionario será una concusión⁷⁵.

En tal sentido se ha definido a la corrupción, que es nuestro cohecho, como el acto que consiste en pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido. Por el contrario, la concusión es una especie de extorsión, en la que actúa como elemento coactivo el temor a la autoridad⁷⁶.

De allí que se haya afirmado, casi sin discusión, que la figura de cohecho pasivo resultaba ser un delito de codeinuencia necesaria que requería para su correcta adecuación al tipo la existencia de un particular que diere u ofreciere una dádiva a un funcionario público, para que haga, no haga o retarde un acto propio de sus funciones. De allí que ante la ausencia de una entrega u ofrecimiento de parte del particular, la conducta del funcionario público no pueda ser subsumida en el tipo contemplado en el artículo 256 del Código Penal. En síntesis, el cohecho pasivo se erige como una figura dependiente del cohecho activo.

Sin embargo se aceptó esa calidad al delito de cohecho pasivo sin realizar un análisis previo respecto de si conforma un delito de codeinuencia necesario desde la óptica de la actual legislación o si se trata de una característica esencial a la figura. Nótese que la diferencia es abismal: en un caso, estaremos en presencia de una calidad propia del tipo penal que no podrá ser modificado por una reforma posterior; en el restante, habrá que analizar la viabilidad de una transformación del tipo en cuestión.

Y casi entendido como un corolario necesario de dicho postulado —delito de codeinuencia necesaria—, se afirma que el inicio de las tratativas tendientes a arribar al acuerdo espurio debía provenir del particular, siendo que, por el contrario, "si se parte de una demanda

⁷⁵ En tal sentido, NUÑEZ, ob. cit., p. 98; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 343 y SOLER, ob. cit., p. 254.
⁷⁶ SOLER, ob. cit., ps. 206/7.

del funcionario público, sin duda la libertad del particular de responder o no a ella se encuentra cercenada⁷⁷, y, por ende, no se estará en presencia del común acuerdo propio de las figuras de cohecho activo-pasivo. En tales casos, se afirma, la conducta del funcionario que inicia la gestión ilícita será eventualmente subsumible en el tipo de concusión⁷⁸.

Casi como una constante se afirma que el funcionario público que pide, solicita o exige ingresa en el terreno de la concusión⁷⁹, basado—aparentemente—, y sin hacer distinciones, en que la libertad de un particular frente a todo funcionario público se encuentra de por sí cercenada, en virtud de la situación de prevalescencia de aquél⁸⁰. Sin efectuarse mayores precisiones se equipara la mera solicitud con una exigencia, siendo ambas—para esa postura—suficientes para el encuadre jurídico en la figura de concusión.

Y aun quienes admiten en la figura de cohecho pasivo la irrelevancia de que la iniciativa de las tratativas parta del funcionario público⁸¹, la limitan a una mera insinuación, una sugerencia, más o menos hábiles y encubiertas, silencios o gestos sugestivos para que la oferta corruptiva sea pronunciada. Y cuando esa iniciativa alcance una jerarquía tal que limite la libre iniciativa de la otra parte, transforma ese accionar en el típico de la figura de concusión, dando como ejemplo de ello, precisamente, el de realizar un pedido de dádiva en forma más o menos concreta. Intentaré luego colocar en crisis ambas afirmaciones—codeinuencia necesaria e inicio de las tratativas—, que parecen ser interpretadas con la fuerza de un dogma.

Empero, tales parecen ser características secundarias o corolarios de la diferencia fundamental que atañe a las figuras de cohecho pasivo

⁷⁷ Conf. RIMONDI, *La doctrina del puente de plata...*, cit., p. 310, nota a fallo de CNCS.Fen., sala IV, 30-10-98, "Wowe, Carlos".

⁷⁸ Tal es el criterio asentado por VIDAL, ob. cit., p. 231.

⁷⁹ Criterio trazado por MANZINI, ob. cit., p. 112, y que luego fuera seguido por la doctrina mayoritaria, entre los que se pueden mencionar a Soler, Creus, Fontán

Balestra y Rimondi, entre otros (ver las notas efectuadas en el apartado tercero de este trabajo).

⁸⁰ Entre otros, RIMONDI, *La doctrina del puente de plata...*, cit., p. 310.

⁸¹ VIDAL, ob. cit., ps. 231 y ss.

y concusión, esto es, la existencia o no de un libre acuerdo ilícito que una al funcionamiento público y al particular. Habrá pues que precisar, en forma objetiva, la existencia de tal acuerdo como primera pauta para delimitar ambos ilícitos penales.

5. ¿Acuerdo libre o coaccionado? Dificultad probatoria

I. Precisamente por la característica propia del cohecho de requerir, desde una base legal, el mutuo acuerdo ilícito entre el funcionario público y el particular sobre un acto propio de las funciones de aquél, resulta crucial poder determinar si el particular eventualmente entregó una dádiva con su propio consentimiento no viciado, o si lo hizo en forma coaccionada. En el primero de los casos cabrá contra el particular una imputación por el delito de cohecho activo y con respecto al funcionario la imputación por cohecho pasivo. En el segundo, el funcionario será imputable por el delito de concusión y el particular será considerado víctima de tal accionar.

Las diferencias conceptuales entre el mero "solicitar" y el "exigir" son claras. Sin embargo, en la práctica esa diferencia se diluye, siendo difícil escindir uno de otro caso, puesto que, por lo general, el funcionario actúa sugiriendo, mas no exigiendo en forma expresa⁸². Ya Francesco Carrara, con suma agudeza, hacía notar las dificultades prácticas de distinguir una solicitud de una exigencia. Expresaba que mientras se configure el caso simple y obvio, todo parece fácil; pero no siempre el oficial se dirige a cara descubierta contra el particular para decirle: "O me das cien pesos o te hago poner preso", o bien "me das cien pesos o dicto una sentencia en tu contra". Estos medios son demasiado bruscos, y por esto son precisamente los más raros. El

⁸² Así lo dejó entrever en el análisis que realicé sobre la figura contravencional de cudadcoches, en el cual se sanciona a quien exige retribución por el estacionamiento de un vehículo sin autorización legal (art. 79 de la ley 1472), siendo atípica la conducta de quien sólo solicita. La dificultad probatoria entre una y otra acción queda al descubierto, a pesar de las marcadas diferencias teóricas (conf. mi ponencia titulada *El abuso del espacio público en la Ciudad de Buenos Aires*, aún inédita y presentada en el marco del Congreso de Derecho Contravencional celebrado en la Universidad de Buenos Aires, los pasados 26 y 27-11-2004).

emplado venal no pide, sino que da a entender que recibirá; no amena, pero hace que se tema su poder. Entonces el particular comprende y teme, y ofrece el dinero⁸³.

Pero la diferencia entre una y otra (exigir y solicitar), a pesar de su límite borroso, resulta trascendental para el particular que entrega la dádiva: en un caso habrá una conducta típica de cohecho activo y en el restante, la atipicidad.

Por ello, luego de que ambas figuras —unidas en el Derecho Romano— se distinguieran, en virtud de la trascendencia de las conclusiones que pueden sacarse de esa diferencia, Carrara se preocupó por establecer, si esto fuera posible, la creación de una fórmula idónea para prevenir toda clase de equívocos⁸⁴.

Pero más allá del deseo del catedrático de Pisa, resulta imposible adoptar una fórmula que dé semejante solución. Se deberá, tan sólo, bregar por una correcta diferenciación teórica para, teniendo luego en cuenta criterios inductivos, arribar a la solución en cada caso. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar, unidas a la forma de manifestarse las personas, permitirán establecer si un caso frontierizo constituye cohecho o concusión⁸⁵.

II. Es a través de indicios válidamente trazados que se puede intentar desentrañar, en los casos concretos, si la conducta del funcionario público fue una exigencia o si, por el contrario, dejó al particular un ámbito de libre determinación para decidir la entrega de una dádiva. Para ello es fundamental determinar si el particular ha dado en forma libre y voluntaria su consentimiento o si, por el contrario, éste estuvo viciado por la solicitud o requerimiento del funcionario público.

En tal sentido, se suele mencionar como indicio o presunción *iuris et de iure* de la falta de consentimiento válido de parte del particular la situación de prevalencia del funcionario público sobre éste, en aquellos casos en que es el funcionario quien inicia las tratativas, so-

⁸³ Conf. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, cit., vol. 5, t. 7, ps. 120 y ss. Esta referencia es fácilmente trasladable a la figura contravenional de cuidacoches a la que aludiera en la nota anterior.

⁸⁴ Ob. cit., p. 120.

⁸⁵ Conf. VIDAL, ob. cit., p. 231.

licitando una dádiva⁸⁶, sin analizarse previamente las circunstancias del hecho y sin precisar si, en el caso concreto, existía esa superioridad—desde un plano objetivo, claro está—entre uno y otro. Es que el argumento de la preeminencia de la autoridad por sobre el particular puede no reflejar la realidad de todos los casos. Puede haber situaciones de perfecta igualdad e, inclusive, otras en que el particular sea más poderoso que el funcionario⁸⁷.

Es cierto que de constatarse una posición desigual en que, eventualmente, pueden encontrarse las partes—entre el funcionario público que tiene a su cargo el dictado de un acto dentro de la órbita de su competencia y que atañe al particular y éste, que puede en algún caso quedar desprotegido y expuesto al accionar de aquél, como réplica a la falta de acuerdo obtenido—, tal será un importante indicio a valorar para la determinación de la libertad con la que se maneja el particular al entregar una dádiva.

Y digo que es sólo un indicio puesto que, además de requerirse la situación de preeminencia, se exige que el funcionario público tenga conocimiento de ello y realice actos tendientes a exigir la entrega de una dádiva al particular y coartar la libertad de determinación de éste, de modo de obtener un acuerdo bajo coacción. A diferencia de ello, se suele concluir en sentido contrario que no basta con que el funcionario quiera un acuerdo y crea que su propuesta no es expoliadora, pues la actitud y contexto pueden generar temor y un menoscabo a la libertad de contratación⁸⁸.

Sin embargo, a mi entender, tal conclusión, sin sopesar el caso concreto, está confundiendo los planos objetivo y subjetivo, puesto que adopta como elemento relevante para trazar el límite el temor que pudo haber sentido el particular, en vez de trazarlo sobre la conducta efectivamente desarrollada por el funcionario público. Sólo ésta, dentro de un Estado de Derecho, debe ser la directriz a tener en cuenta al momento de centrar una imputación penal, erigiendo de ese modo

⁸⁶ Conf. RIMONDI, *La doctrina del puente de plata...*, cit., p. 310. En el mismo sentido, CARRARA, ob. cit., p. 121, quien concluye que si ante el temor que infunde el funcionario, el particular entrega la dádiva por temor, aquél será pasible de concusión.

⁸⁷ Conf. DE LUCA, ob. cit., p. 341.

⁸⁸ DE LUCA, ob. cit., p. 342. En igual sentido, CARRARA, ob. cit., p. 121.

como punto central del Derecho Penal a la conducta y al principio de culpabilidad como uno de los principios acotantes del poder punitivo. La creencia errónea del particular —y el consiguiente consentimiento viciado— respecto de la mera solicitud remuneratoria de parte del funcionario público no es suficiente para transformar en exigencia ilícita la conducta de aquel. El aspecto subjetivo de la supuesta víctima no puede incidir en el análisis de la conducta efectivamente desplegada por el funcionario público. El reproche que sobre éste cabe no tendrá influencia en factores externos, como puede ser la falsa suposición de la víctima. El reproche sólo descansará sobre lo efectivamente realizado por el autor, a los efectos de salvaguardar el principio de culpabilidad. El disvalor de acción es quien gobierna el Derecho Penal liberal y en esta figura debe ser interpretado de ese modo.

Asimismo, pueden resultar aplicables los parámetros dados por el doctor Enrique Petracchi, en el precedente “Fiorentino”⁹⁰, para determinar si hubo un consentimiento válido. Me refiero a ciertos parámetros objetivos tales como un consentimiento claro, que sea expreso, obtenido sin violencia o intimidación y con la previa posibilidad fáctica de negarlo. Javier De Luca, como forma de distinguir cuándo ha habido un libre acuerdo, utiliza como indicio la “presencia o no de un perjuicio para el particular”. Si no aparece, hay un acuerdo igualitario y sin consentimiento viciado por el temor; por el contrario, siempre que se acuerde por temor habrá exacción o concusión⁹⁰. Si bien siempre consideré sumamente interesante y novedosa la línea argumental seguida por De Luca, creo que el indicio para determinar la libertad del acuerdo o consentimiento —y que en el tipo comentado determinaría la conducta típica de cohecho activo y pasivo— no debería partir desde el perjuicio que pueda sufrir la supuesta víctima, sino de los beneficios que puede obtener con el acuerdo.

⁸⁹ En el citado precedente, el Dr. Petracchi expresó en el considerando 8° que para admitir un consentimiento válido en situaciones de desigualdad de las partes (en el caso referido a permitir el ingreso de oficiales policiales al domicilio sin orden de allanamiento), debía ser expreso y anterior al ingreso, sin mediar fuerza o intimidación y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negarlo (conf. *Fallos*: 307:1772).

⁹⁰ DE LUCA, ob. cit., p. 341.

Determinar cuál es el beneficio que el consentimiento le trae aparejado al particular será un interesante indicio para deslindar la mera exigencia de un acuerdo válido. Si el beneficio es la obtención de una sentencia favorable, habrá que partir de un libre consentimiento. Por el contrario, cuando el acuerdo no le genere mayores beneficios, sino tan sólo evitar perjuicios posibles, como ser el no labrado de un acta de tránsito, menor margen quedará para el consentimiento válido.

Que quede claro, todos estos criterios serán sólo indicios a tener en cuenta para la correcta subsumción legal de los hechos.

6. Los casos dudosos o difíciles

Se advierte, tanto en doctrina como en jurisprudencia, una tendencia a encuadrar la situación fáctica dentro de la figura de concusión en los casos en que se dude sobre la aplicabilidad de la norma. Es que tratándose el delito de cohecho de uno de codeinuencia necesaria que castiga tanto al funcionario corrupto como al particular que cotrompe, mientras que en el de concusión al particular que entrega la dádiva sólo se le da trato de víctima, provoca que la aplicación de la segunda de las figuras típicas resulte ser la más beneficiosa para el particular y ello es lo que se sopesa, en franca coincidencia con el principio de raigambre constitucional *in dubio pro reo*.

De allí que ante la certeza sobre el pago de una dádiva a un funcionario público para la realización de un acto propio de sus funciones, y la falta de certeza o duda sobre la libertad de determinación o consentimiento del particular, se opte por tipificar los hechos dentro de la figura de concusión, sobre todo teniendo en cuenta la situación de preeminencia que, por lo general —aunque no siempre—, el funcionario público posee sobre el particular.

Quizás ello se deba en parte a la recomendación que efectuará Carrara, quien advertía lo siguiente: "Toca a la prudencia de los jueces buscar en las circunstancias de cada caso los criterios más seguros; pero siempre que les parezca de algún modo dudosa la mala intención del particular, preferirán decididamente el título de concusión al de

corrupción, dirijan su severidad contra la perfidia del funcionario y su benignidad hacia los particulares⁹¹.

La solución es indiscutible en lo que respecta al particular. Ante la duda sobre la libertad de determinación del particular, sobre el consentimiento válido al entregar la dádiva al funcionario, en virtud del principio *in dubio pro reo*, aquel deberá ser tratado como víctima de concusión y no como autor de cohecho activo. Los principios constitucionales acotantes del poder punitivo claramente indican esa solución. Pero esa definición del caso provoca la situación paradójal de influir en la subsumción legal de la conducta del funcionario público. Si, ante la duda, se concluye que el particular no otorgó un consentimiento libre, esto provoca que la conducta del funcionario público —en atención al carácter de delito de codeinfluencia necesaria que en doctrina se le otorga⁹²— no pueda ser subsumida en el tipo penal de cohecho pasivo, quedando encuadrada, por ende, en el tipo de concusión, contemplado en el artículo 266 del Código Penal.

Se exige, entonces, la determinación de qué figura resulta ser la más grave en el ordenamiento penal, para poder precisar si esa solución no perjudica al funcionario público.

Si bien ambos tipos penales se encuentran dentro del título que protege a la administración pública como bien jurídico tutelado, existe una diferenciación entre sí. El tipo penal de cohecho tiende a tutelar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública⁹³. Por su lado, el delito de concusión, si bien tutela idéntico bien jurídico⁹⁴, cierto es que también protege al "patrimonio del particular"⁹⁵, que se

⁹¹ CARRARA, ob. cit., parágrafo 2582, p. 127.

⁹² Carlos Creus, entre otros, afirma del cohecho pasivo que "estamos ante un delito de acción bilateral que, por tanto, nos presenta una codeinfluencia necesaria, ya que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo, es decir, sin que alguien ofrezca o prometa algo con las finalidades mencionadas en la ley" (*Delitos contra la administración pública* cit., p. 272).

⁹³ DONNA, *Derecho Penal*, cit., t. III, p. 210.

⁹⁴ RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 52. Por su lado, Molinario y Aguirre Obarrío lo definen como la inculminidad de los agentes públicos en el desempeño de las funciones asignadas, resguardándose así el buen servicio de los empleados de la administración pública (*Derecho Penal. Parte especial*, Ediar, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 367).

⁹⁵ DONNA, *Derecho Penal*, cit., t. III, p. 337; SOLER, ob. cit., p. 254.

ve exigido a entregar una dádiva. Es por esto último que se lo asemeja al delito de extorsión, puesto que, al menos parcialmente, el objeto final es el despojo del patrimonio ajeno infundiendo temor.

Es por ello que, a los ojos del funcionario público, no cabe duda de que el delito de concusión es más grave que el de cohecho pasivo, puesto que se le estará imputando no sólo la lesión a la administración pública, sino también la lesión al patrimonio del particular⁹⁶. Es que la gravedad de los ilícitos debe medirse por el daño que se ocasiona con la acción típica. Y no caben dudas de que la concusión resulta ser un ilícito de mayor reproche al tener englobado dentro de su marco de tutela no sólo todo el injusto del delito de cohecho, sino también la puesta en peligro del patrimonio del particular al que, coartándole la libertad, se le exige la entrega de una dádiva. El caso es tan sencillo que no requiere siquiera analizar criterios generales para determinar la ponderación de bienes en juego⁹⁷. De allí que la circunstancia de que, en la actual legislación penal, el delito de concusión tenga menor reproche punitivo que la figura de cohecho pasivo⁹⁸ no puede ser utilizada como un criterio de interpretación válido acerca de la mayor o menor gravedad de los ilícitos penales⁹⁹. De todo el ordenamiento penal se advierte la discordancia del legislador al determinar las escalas penales¹⁰⁰. De modo que éstas sólo serán, eventualmente, un indicio

⁹⁶ Si bien Carrara afirma que es muy variable la respectiva gravedad de los dos delitos, por razón de los medios y de los efectos (ob. cit., p. 120), luego parece contradecirse en una nota, al afirmar que es falaz la regla según la cual ante la duda debe presumirse la figura de concusión por ser más benígna para el particular. Ello pues, si al declarar que hubo concusión se favorece a los particulares, al mismo tiempo se agrava la responsabilidad del oficial público (ob. cit., p. 128).

⁹⁷ ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, ob. cit., p. 607.

⁹⁸ El delito de cohecho pasivo, art. 256 del Cód. Pen., según ley 25.188, está reprimido con pena de reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, mientras que el delito de concusión, art. 266 del Cód. Pen., según ley 25.188, está reprimido con reclusión o prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años.

⁹⁹ En sentido contrario, ver RIMONDI, Jorge Luis, *La tipificación de la concusión en el artículo 266 del Código Penal*, en L. L. Suplemento Penal del 30-7-99, ps. 11 y ss.

¹⁰⁰ Al solo efecto ilustrativo, basta con recordar que la pena del delito de homicidio culposo (art. 84, Cód. Pen.), con anterioridad a la sanción de la ley 25.189, tenía una

para la determinación de la gravedad de los delitos y, en su caso, un punto hacia donde dirigir una crítica a las decisiones político-criminales estatales.

Sentada la mayor gravedad de la figura de concusión, habrá entonces que cuestionar también la solución propiciada por la doctrina mayoritaria. El principio constitucional *in dubio pro reo* podrá ser aplicado para darle trato de víctima de concusión al particular, en los casos en que resulta dudoso si tuvo o no un consentimiento libre y válido al entregar una dádiva. Pero ello no puede ser utilizado en contra del funcionario público para agravar el reproche de su conducta, cuando no ha quedado probado que haya efectivamente exigido al particular la entrega de la dádiva. Tal como lo remarcará unos párrafos antes, la imputación debe centrarse exclusivamente en el principio de culpabilidad, en lo efectivamente realizado por el imputado. Y si no ha quedado debidamente probado que el funcionario público haya exigido al particular la entrega de la dádiva, tal extremo, que denotaría la lesión al patrimonio del particular, no debe tenerse por acreditado, quedando la figura de concusión desplazada por la más leve de cohecho pasivo.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, al considerar que se trata de un delito cuya esencia es la de codeinuencia necesaria, se encuentra en un dilema. Al no tener certeza de la existencia de un acuerdo en el que la víctima tuvo un libre consentimiento deben optar: si centran el análisis en el particular, a través del *in dubio* provocan la atipicidad de la conducta del particular, agravando la imputación al funcionario público; si centran su análisis en el funcionario público, en franca aplicación del citado precepto constitucional, adecuarán la conducta de éste al tipo penal de cohecho, y agravarán la situación procesal del particular al imputarle el cohecho agravado.

Y al tener que optar entre una y otra variante, replicará en la mente

pena máxima de tres años, muy inferior a la pena de hurto agravado (art. 163), que puede llegar a los seis años de prisión. Por otro lado, el mínimo de esa figura (un año) es sensiblemente superior al mínimo de la escala penal de robo (art. 164) (un mes), figura de mayor gravedad que la anterior. Y sobre la irracionalidad del legislador al legislar sobre las escalas penales se podría seguir enumerando infinidad de supuestos.

del juzgador el pensamiento de Carrara: ante la duda "preferirán decididamente el título de concusión al de corrupción, dirijan su severidad contra la perfidia del funcionario y su benignidad hacia los particulares, y estén seguros de que la opinión pública rendirá homenaje a su justicia".¹⁰¹

Esa no puede ser la respuesta correcta. Sostener esa postura implica, de algún modo, cosificar al hombre¹⁰², contrariando los postulados de Kant, utilizándolo como un medio y no como un fin en sí mismo al provocar un mayor reproche de su conducta en base a la calificación legal más benéfica para el particular.

Y tal vez el adoptar esa cita como máxima sea lo que atentó contra la discusión de raíz sobre la figura en cuestión: ¿Es realmente el delito de cohecho pasivo uno que es esencialmente de codeinuencia necesaria o, por el contrario, cabe contra el funcionario público un reproche independiente de lo efectivamente realizado por el particular? ¿Se requiere una reforma legislativa para el adecuado tratamiento del delito de cohecho pasivo? Tal vez haya llegado la hora de la destrucción de algunos mitos en la ciencia penal argentina.

7. La destrucción de algunos mitos

a) *La naturaleza jurídica del cohecho no es en esencia un delito de codeinuencia necesaria*

Tal como dejara asentado con cierto detalle en el apartado segundo del presente trabajo al desarrollar la genealogía del presente tipo penal, se describió que en su origen, en el Derecho Romano, el delito de cohecho y el de concusión se encontraban confundidos dentro de una misma norma que tipificaba el delito de *crimen repetundarum*, en el cual lo esencial radicaba en que en ambas figuras el funcionario público había lesionado los deberes de probidad y buena fe que deben imperar en la administración pública. Y si el particular participaba con su actuación del acuerdo espurio, sin que su consentimiento se encontrase viciado, cabría contra éste una imputación penal.

¹⁰¹ CARRARA, ob. cit., parágrafo 2582, p. 127.
¹⁰² ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, ob. cit., p. 120.

Pero lo relevante de esta nueva cita radica en que la imputación contra un funcionario público por un *crimen repelandum*, en su versión de cohecho o corrupción, no dependía de un delito que exigía como de un particular. No se trataba en esencia de un delito que exigía como razón de ser la conducta previa e ilícita de un tercero. No se trataba de un delito de codeinuencia necesaria. Con posterioridad, al ser adoptada la figura por nuestra legislación, desde el Proyecto Tejedor, se le dio el alcance de un delito de codeinuencia necesaria. Empero, ello se trata tan sólo de una diferenciación histórica, mas no teórica, de la figura. Siguiendo los lineamientos de Ferrajoli, esa asimetría entre los marcos teóricos e históricos suele ser fuente de muchas confusiones, dando como resultado que a menudo se consideran como esenciales de una figura penal elementos que sólo responden a un plano histórico, pero lógicamente no necesarios¹⁰³.

Y si bien en la actualidad se encuentra legislado el cohecho pasivo como un delito de codeinuencia necesaria, no se trata de un elemento esencial de la figura. Es claro que las acciones típicas de la figura "recibir" y "aceptar" requieren indefectiblemente que un particular previamente "diere" u "ofreciere" una dádiva. No puede ponerse en duda, desde la óptica legal, que exige la codeinuencia del particular. Y el inconveniente que genera que se la haya legislado de ese modo es que no puede dar respuesta a aquellos casos en que se desconoce cuál fue el rol del particular: si formó parte de un acuerdo válido o fue víctima de la codicia del funcionario público. La aplicación del principio *in dubio pro reo*, según desde qué óptica se analice el caso -funcionario o particular-, provocará indefectiblemente un agravamiento en la conducta del restante.

Por el contrario, *de lege lata* se advierte la insuficiencia de la actual legislación argentina que, al no reprimir la conducta del funcionario en forma independiente a lo realizado por el particular, no encuentra solución legal plausible a los denominados casos dudosos.

Por otro lado, la necesidad de una figura de cohecho pasivo que pueda ser interpretada en forma autónoma e independiente de lo pre-

¹⁰³ Conf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 563, quien hace una distinción entre los elementos esenciales y teóricos de los meramente históricos en los distintos sistemas penales.

viamente realizado por el particular se advierte de un mero análisis de casos en que el aspecto objetivo y el subjetivo difieran. Acudir a los casos en que el sujeto activo incurre en un error es una herramienta válida para interpretar el correcto alcance de los tipos penales¹⁰⁴.

En tal sentido, puede ocurrir el caso en que el funcionario público se limite a solicitar una dádiva, dándole la posibilidad al particular de aceptar o no el acuerdo espurio y sin intentar en modo alguno exigirle o limitarle de algún modo su libertad de consentimiento. Sin embargo, el particular, contrariamente a lo objetivamente acontecido, se cree presionado y coaccionado, razón por la cual con un consentimiento viciado entrega la dádiva.

Asimismo, puede ocurrir el caso inverso. El juez realiza una exigencia, aunque en forma muy subliminal. Tan así es que el particular no advierte la exigencia del juez y paga en forma voluntaria una dádiva. Estos casos nos demuestran la clara independencia que debe tener el tratamiento de las conductas del funcionario público y del particular. En el primer caso, de ser punible la solicitud de una dádiva—que en el Derecho Romano era suficiente como acción típica—, cabría una imputación penal contra el funcionario público por el delito de cohecho pasivo, mientras que al particular habría que darle tratamiento de víctima, al no haber entregado una dádiva con un consentimiento válido, por cuanto estaba afectado por la creencia errónea de una exigencia del funcionario, que nunca existió en el plano objetivo.

Por el contrario, en el segundo caso, correspondería imputarle al particular el delito de cohecho activo¹⁰⁵, por cuanto desconocía la previa exigencia del funcionario, mientras que contra éste cabría una imputación por el delito de concusión.

En síntesis, estos casos nos permiten inferir que es materialmente

¹⁰⁴ Criterio al que acude en muchas ocasiones Marcelo Sancinetti para la correcta construcción de los tipos penales. En tal sentido, ver *Casos de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 63.

¹⁰⁵ Ello siempre que se considere que la lesión al bien jurídico en la presente figura radica en el peligro que genera al bien jurídico tutelado la sola oferta de una dádiva a un funcionario público. Si se considera que la lesión consiste en corromper a un funcionario público, al presente caso habría que darle el tratamiento de una tentativa inidónea, puesto que éste ya había exigido previamente la entrega de la dádiva.

posible y políticamente correcto la tipificación y sanción en forma autónoma e independiente de la conducta del funcionario público y del particular.

Es claro que es indiferente quién inicia la negociación. Lo esencial para su adecuada tipificación no está en quién da inicio o propone un acuerdo, sino respecto de la libertad que tuvo el particular para decidir¹⁰⁶. Por ese mismo fundamento, también resulta irrelevante si el funcionario público no se limitó a sugerir o dar inicio a las tratativas¹⁰⁷, sino que solicitó o propuso el canon que pretendía como cohecho pasivo. Esa conducta resultará luego imputable como cohecho pasivo si el particular, con su libre consentimiento, aceptó el ofrecimiento del funcionario público y dio o entregó la dádiva con plena libertad. En tal caso, no podrá imputársele al funcionario el delito de concusión y, por ende, la lesión al patrimonio del particular, si éste en todo momento estuvo de acuerdo con la entrega de la dádiva, con plena libertad de decidir. Es que para tener el título de concusión es preciso que el *metus publicæ potestatis* (miedo al poder público) haya sido la causa directa por la cual el particular se resignó a permitir que lo despojara de sus derechos el oficial público¹⁰⁸.

Pero puede ocurrir que esa solicitud que el funcionario dirige contra el particular, sin ningún tipo de exigencia, no encuentre eco favorable en éste¹⁰⁹. De allí se infiere un nuevo interrogante: esa mera solicitud de una dádiva que el funcionario público dirige contra el particular, sin ningún tipo de exigencia y sin afectarle su libre consentimiento, con el solo fin de formalizar un acuerdo ilegal, ¿es suficiente para imputarle a aquél la tentativa de un cohecho pasivo? ¿La figura de cohecho pasivo admite la ampliación de la punición a través de la tentativa?

b) ¿La "solicitud" de una dádiva de parte del funcionario público como comienzo de ejecución?

Ya se encuentra en retirada en la actual evolución dogmática la

¹⁰⁶ En ese sentido, DE LUCA, ob. cit., p. 341 y VIDAL, ob. cit., entre otros. En el mismo sentido, los votos de los Dres. Donna y Elbert en el fallo "Wowe"; ¹⁰⁷ Tal es el alcance que le da Humberto Vidal en el artículo antes citado. ¹⁰⁸ CARRARA, ob. cit., parágrafo 2585, p. 130. ¹⁰⁹ Tal como ocurría en los precedentes "Wowe" y "Varela Cid".

afirmación, prácticamente carente de fundamentos, respecto de la imposibilidad de ampliar el marco punitivo por tentativa en los denominados delitos de peligro. Es cierto que aquellos delitos que se consuman con la mera situación o creación de un riesgo concreto sobre el bien jurídico tutelado otorgan un menor lugar para la imputación de una conducta que crea un riesgo que no se materializa como un peligro concreto.

Precisar desde cuándo hay imputación penal—tentativa—y hasta cuándo puede haber desistimiento son criterios que, en definitiva, también son determinados por el marco de la teoría de la imputación objetiva. Para definir su alcance, tal como anticipara, se debe partir desde una posición que, desde la óptica de un Estado de Derecho, bregue por el principio de culpabilidad, en el sentido de medir el reproche sólo en base a lo que cada autor puede dominar o controlar, que sirva como límite y baremo de la punibilidad y que sólo sea imputable en aquellos casos en que con la conducta ya se ha creado un riesgo sobre el bien jurídico tutelado.

Por ello, amén del menor margen de ocurrencia de la tentativa en los delitos de peligro con respecto a los delitos de resultado, habrá que determinar en los primeros, para su punición imperfecta, si ha habido un comienzo de ejecución. Y sobre ese terreno resbaladizo que implica el precisar cuándo ha habido comienzo de ejecución y hasta dónde llegan los actos meramente preparatorios, habrá que tener presente cuál era el plan del autor (teoría individual objetiva). Con ese elemento subjetivo adicional se podrá determinar en qué momento el bien jurídico se encontraba en situación riesgosa. Habrá que precisar en cada caso en concreto si el acto efectuado por el particular o por el funcionario público puede ser imputado a título de tentativa¹¹⁰.

Pero surge aún el interrogante respecto de si la mera solicitud de una dádiva que un funcionario público dirige contra un particular, sin ningún tipo de exigencia y sin afectarle su libre consentimiento, con el solo fin

¹¹⁰ Por ejemplificar, se me ocurren casos en que el ofrecimiento de una dádiva o su aceptación sean efectuados a través de medios técnicos o por correspondencia y que, por cuestiones ajenas a la voluntad de las partes, la comunicación no llegue a destino.

de formalizar un acuerdo ilegal, puede ser considerada como comienzo de ejecución, en aquellos casos en que éste no formaliza el acuerdo.

Tal como lo remarcará, para que exista una concusión no basta que el funcionario insinue o pida indebidamente sin ejercer coerción o sin valerse del error ajeno. Si ante esta conducta el tercero paga o entrega o si la iniciativa de la entrega parte del tercero y el funcionario recibe, no se tratará de una concusión sino de un cohecho. Comparto con quienes consideran que en estos casos no puede hablarse de coacción¹¹¹, pero discrepo con aquellos que ven una tentativa en todo caso en que el funcionario público, luego de solicitar la dádiva, no logra llegar a un acuerdo¹¹².

La solicitud sin coacción de una dádiva a un particular no puede ser entendida como comienzo de ejecución, sino tan sólo como un mero acto preparatorio del tipo penal de cohecho pasivo. Que si bien resulta reprochable desde el plano de la moral, el Derecho Penal no debe ser etizado y tal conducta, conforme a la actual redacción de la norma, no encuadra en la figura legal ni en su tentativa.

Para que podamos hablar de comienzo de ejecución, conforme a la teoría individual objetiva, se deberá tener en cuenta el plan del autor (aspecto individual) y además el grado de peligro cercano que para el bien jurídico representa la acción realizada (aspecto objetivo)¹¹³. Si bien éste es un criterio tan sólo orientador e indicativo¹¹⁴, puesto que la distinción entre actos preparatorios —e impunes— y de ejecución aun se mantiene como uno de los problemas más arduos en la dogmática, presenta la ventaja de otorgar un parámetro objetivo sobre la determinación de la proximidad inmediata a la realización típica. De allí que pueda sintetizarse este criterio afirmando que la tentativa

¹¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 134/135. En igual sentido, CNCCor., sala I, en el precedente "Wowe", con el voto de los Dres. Donna y Elbert.

¹¹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 100.

¹¹³ RICHÍ, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 328.

¹¹⁴ Tan así es que algunos autores han optado por descartar la existencia de una fórmula general que resuelva tal distinción, procurando elaborar un catálogo de criterios orientadores. En tal sentido, conf. BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 478; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, p. 340, entre otros.

La mera solicitud de por sí genera un riesgo que merece ser atendido,

c) *La imperiosa necesidad de una reforma sobre la figura de cohecho pasivo*

Es que debe correr por otro terreno la circunstancia de que la mera solicitud genere de por sí un peligro contra el bien jurídico tutelado. Hasta tanto no se reforme la norma y se le excluya el carácter de delito de codeinuencia necesaria, no habrá lugar para que las conductas anteriores al ofrecimiento de una dádiva puedan ser consideradas como actos que revistan la calidad de comienzo de ejecución.

Es que debe correr por otro terreno la circunstancia de que la mera solicitud genere de por sí un peligro contra el bien jurídico tutelado. Hasta tanto no se reforme la norma y se le excluya el carácter de delito de codeinuencia necesaria, no habrá lugar para que las conductas anteriores al ofrecimiento de una dádiva puedan ser consideradas como actos que revistan la calidad de comienzo de ejecución.

Es que con la mera solicitud, el funcionario público aún no tiene el dominio del hecho, puesto que para encontrarse próximo a la lesión del bien jurídico y, por ende, poder concluir que ha habido comienzo de ejecución, aún depende de la conducta de terceras personas. En otras palabras, en atención al carácter de delito de codeinuencia necesaria que posee tal como se encuentra legislado, hasta tanto el particular no ofrezca o dé una dádiva a un funcionario público, todo acto anterior a ese momento sólo podrá ser considerado como un mero acto preparatorio no punible.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

Mas ello, en el carácter de inducción, no es punible hasta tanto el particular no ofrezca o dé una dádiva, por imperio del principio de accesoriidad limitado que tiene la participación.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

De la mera solicitud se podrá decir, a lo sumo, que se trata de una inducción o determinación a que un particular realice un cohecho activo.

de modo de adoptarla como una forma más de acción típica. De incluir el "solicitar" como acción típica en el cohecho pasivo se eliminaría de raíz la calidad de delito de codeinuencia que tantos dolores de cabeza le ha traído a la doctrina y a la jurisprudencia argentina.

Es cierto que la mera solicitud genera un peligro de menor intensidad en el bien jurídico que el aceptar una dádiva. En el primer caso, sólo nos encontramos en presencia de un riesgo que está más alejado de un resultado dañoso, mientras que en el segundo el riesgo se encuentra en una mayor proximidad. Esa circunstancia es suficiente para fijar una escala penal menor a la mera solicitud —y aun si ello no fuera así, le queda al juez la escala penal para diferenciar uno de otro caso—, puesto que la lesión a la imparcialidad que debe tener todo funcionario público de por sí ya se ha visto afectada con la solicitud de una dádiva.

Por otro lado, he de destacar que no se entiende el motivo por el cual el legislador ha incluido la mera solicitud como una de las acciones típicas en el tráfico de influencias¹¹⁶, en que la lesión a la administración pública se encuentra más alejada, y no lo ha hecho en la figura de cohecho pasivo. Máxime cuando aquella figura se ha efectuado a semejanza de la aquí comentada, razón por la cual parece ser más un olvido del legislador que una consciente omisión.

Lo arcaico de nuestra legislación en torno al cohecho es fácilmente perceptible. A pesar de la reciente reforma a las figuras que versan sobre la administración pública, conforme a la Ley de Ética Pública, la figura de cohecho se mantiene sin reformas trascendentales desde que el Proyecto Tejedor la importara del Código español de 1822. Sin embargo, con tan sólo repasar el actual Código Penal español fácil es advertir que en sus artículos 419, 420 y 421¹¹⁷ se encuentra regulado

¹¹⁶ Específicamente la primera parte del art. 256 bis que tipifica la figura básica de tráfico de influencias establece: "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 solicite 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".

¹¹⁷ El Código Penal español establece lo siguiente:

Art. 419: La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un

el cohecho activo y pasivo como figuras autónomas e independientes, y que en el cohecho pasivo se encuentra como acción típica la de solicitar una dádiva, vigente desde la reforma de 1944.

De ese modo, para que el delito se consuma bastará con que el funcionario se dirija a alguien en solicitud de una dádiva, independientemente de que ésta sea aceptada o no¹¹⁸.

Por ello, a los efectos de evitar que la mera solicitud resulte ser una conducta atípica, producto del carácter de delito de codeinfluencia necesaria que se le dio en nuestra actual legislación al delito de cohecho pasivo, se exige en forma imperiosa una reforma sobre esa figura que la contemple, al igual que lo hacía el Proyecto de reforma al Código Penal de 1979¹¹⁹.

Es que siendo el bien jurídico el correcto funcionamiento de la administración pública, que obviamente comprende el deber de imparcialidad, que no debe ser conculcado ni siquiera internamente por el funcionario¹²⁰, la mera solicitud provoca una afectación—menor por cierto que la aceptación de la dádiva—al citado bien tutelado.

tercero, solicitar o recibir, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptar ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triple del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

Art. 420: La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triple del valor de la dádiva.

Art. 421: Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

¹¹⁸ Conf. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 960.

¹¹⁹ En igual sentido, D'ALESSIO, ob. cit., p. 826.

¹²⁰ Conf. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 957.

d) *La acción típica de "solicitar" en la figura de concusión*

La reciente sanción de la Ley de Ética Pública (ley 25.188) que reformara los delitos que protegen la administración pública como bien jurídico tutelado agregó, dentro de las figuras de concusión y exacciones ilegales, la acción típica de "solicitar". Se creyó que de este modo se sancionaban aquellas conductas en las que, luego de que el funcionario público solicitaba una dádiva, el particular no accedía a la petición de aquel que actuaba movido por su codicia. Sin embargo, con esa reforma muy lejos se está de haber zanjado la cuestión.

Amén de las diferencias históricas y accidentales que puede haber entre el delito de cohecho pasivo y el de concusión, existe una distinción teórica y esencial entre ambos que no puede ser obviada: en el primero de ellos existe un acuerdo de voluntades en el cual el particular da u ofrece una dádiva con su libre consentimiento, sin importar quién fue el que inició las tratativas o si el funcionario público previamente le solicitó la entrega de la dádiva—siempre que ello no haya importado una exigencia—; en el segundo existe una exigencia ilegal del funcionario y una voluntad del particular quebrada por el temor que le re-presenta aquel. Tal es pues la única diferencia esencial entre uno y otro ilícito, la que no puede ser válidamente obviada por ninguna reforma penal.

Sentado ello, la acción típica de solicitar incluida actualmente en las figuras de concusión y de exacciones ilegales no puede tener otro alcance que el de una solicitud que se realiza aprovechando de la preeminencia que, en el caso en concreto, tiene el funcionario público por sobre el particular. O, por decirlo con palabras de Donna, debe entenderse como una exigencia en forma implícita o solapada¹²¹. Se trata de una exigencia presumida por el cargo, que habrá que determinar si, en el caso en concreto, efectivamente operó como causa de dominio sobre el particular, de modo de haberle quebrado su voluntad.

Fuera de esos casos, repito, cuando el funcionario público sólo solicite una dádiva dejándole al particular la libre determinación entre rechazar el acuerdo espurio o finalmente aceptarlo y ofrecer la entrega

¹²¹ DONNA, *Derecho Penal...*, cit., t. III, p. 350.

de una contraprestación para que el funcionario público realice, retarde o deje de realizar un acto propio de sus funciones, quedará fuera del tipo de concusión por no haber una exigencia que vulnere la libre determinación de aquél¹²².

8. Conclusiones

A pesar de las claras diferencias que existen en el plano teórico entre las figuras de cohecho pasivo y de concusión, no siempre es sencillo determinar en la práctica la correcta delimitación entre uno y otro ilícito penal.

Pareciera ser que, en algún punto, ha conspirado contra el correcto alcance y la delimitación de la difusa frontera entre una y otra figura la falta de precisión de nuestra actual legislación penal, la que no ha operado mayores cambios desde que el Proyecto Tejedor la importara del Código Penal español de la época—excepción hecha al Proyecto de reforma al Código Penal que Soler presidiera en el año 1979 y que no fuera prácticamente tratado por nuestra Legislatura—.

Precisamente esa falta de precisión provocó que, tanto en doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, se conocieran casi tantas posturas como autores trabajar sobre las figuras y tribunales fallaran sobre su correcto alcance. Esto originó que se adoptara como esencial a la figura de cohecho pasivo aspectos y elementos que, en legislación comparada, ya han sido solucionados desde hace más de cincuenta años¹²³. Así se le dio el mote de ser un delito de codein-

¹²² Es por ello que considero desafortunado el planteo de la Dra. Capolupo de Duráñona y Vedia al expresar en el precedente "Varela Cid" que si éste sólo había realizado una solicitud de entrega de una dádiva sin vulnerar la libre determinación del particular resultaba atípica de la figura de concusión, por ser anterior a la reforma de la ley 25.188, y que luego de que esa ley entrara en vigencia, tal conducta hubiera sido fácilmente encuadrada dentro del verbo típico "solicitar" recientemente incluido. Es que, como afirmara, si no hubo una vulneración de la voluntad del particular, la mera solicitud sólo puede analizarse, eventualmente, dentro de la figura de cohecho pasivo, puesto que sólo tendió a arribar a un acuerdo válido de voluntades entre ambas partes.

¹²³ Me refiero concretamente a la legislación española, que en la reforma de 1944 incluyó dentro de la figura de cohecho pasivo como acción típica la de "solicitar", excluyendo de ese modo la característica de ser un delito de codeinuencia necesaria.

cuencia necesaria como una característica teórica e innata a ella, sin advertir que a la presente figura, desde su origen en el Derecho Romano, se la trató como un delito autónomo, que no exigía para su punición la previa entrega u ofrecimiento de una dádiva de parte del particular.

En virtud de ello y del análisis que efectué sobre la fina distinción entre ambos ilícitos penales, he arribado a las siguientes conclusiones:

a) La única distinción existente entre el delito de cohecho pasivo y el de concusión radica en que en el primero existe un acuerdo de voluntades que en el segundo no se da, habida cuenta de que el funcionario público, de algún modo, realiza una previa exigencia que provoca que el consentimiento del particular se encuentre viciado. Siendo así, resulta irrelevante a los fines de su distinción determinar quién inició las tratativas o negociaciones, o si el funcionario público previamente solicitó o pidió una determinada dádiva. Su conducta seguirá siendo subsumida en la figura de cohecho pasivo si el particular mantuvo un ámbito de libre determinación al entregar la dádiva.

b) No es cierto que el delito de cohecho pasivo sea esencialmente el de un delito de codeinuencia necesaria. La forma en que se legisla ha provocado que la mera solicitud de una dádiva no pueda ser subsumida en ninguna de las figuras penales que protege a la administración pública.

c) El delito de cohecho pasivo acepta la punición a título de tentativa. Sin embargo, la mera solicitud, sin una exigencia que de algún tipo coarte la libertad de decisión del particular, no puede ser considerada como comienzo de ejecución. En esos casos el funcionario público aún no tiene el dominio del hecho, puesto que la actual normativa exige que para que pueda existir un comienzo de ejecución se requiera la previa entrega u ofrecimiento de una dádiva de parte del particular. Si esto es así, todo lo anterior no puede ser considerado de otro modo que como un mero acto preparatorio. En síntesis, en la forma en que actualmente se encuentra legislado el delito de cohecho pasivo, la solicitud de una dádiva resulta ser una conducta moralmente reprochable pero atípica desde la faz penal, a pesar de la clara lesión que con ella se provoca a la imparcialidad y a la probidad que debe tener todo

funcionario público en el ejercicio de los actos que se encuentran incluidos dentro de su esfera de competencia.

d) La acción típica de solicitar incluida en la reciente reforma a la figura de concusión sólo puede ser entendida con el alcance que el doctor Donna le da en su obra, esto es, como una exigencia presumida por el cargo, en el que se comprueba que en el caso en concreto ha operado una disminución en la libertad de decisión del particular, de modo de haber entregado coaccionado una dádiva.

e) Tratándose, con el alcance que aquí le doy al cohecho pasivo, de un delito independiente y autónomo, en el análisis de los casos dudosos en los que se desconoce si el particular tuvo efectivamente una libre determinación y un consentimiento válido al momento de entregar la dádiva¹²⁴, el principio constitucional *in dubio pro reo* deberá operar a favor de ambas partes, de modo de evitar perjudicar y cosificar a una de ellas. De ese modo, con respecto al particular se deberá concluir que no tuvo un libre consentimiento y dársele el trato de víctima de concusión. Y el funcionario público no deberá ser perjudicado con esa situación, agravándosele su tratamiento al considerarse que ha lesionado también el patrimonio del particular al exigirle la entrega de una dádiva. En esos casos, al funcionario deberá dársele trato de autor de cohecho pasivo. La duda debe también beneficiar a esa parte, descartándose la afectación al patrimonio del particular.

f) Se exige con premura una reforma legal que incluya como acción típica del delito de cohecho pasivo la de "solicitar" una dádiva—conducta que extrañamente quedó fuera de la definición de actos de concusión—efectuada por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Esa reforma provocará, al igual que lo ocurrido con el Código Penal español, que ese tipo penal pierda la dependencia que hoy tiene con la figura de cohecho activo, de modo de poder ser aplicado, con independencia de cual fue la conducta previa del particular, ampliando de esa manera el comienzo de ejecución a actos anteriores al ofrecimiento de una dádiva de parte de un particular. De ese modo,

¹²⁴ Ello siempre que, con los indicios desarrollados en el apartado quinto de este trabajo, no se pueda comprobar la libre determinación del particular al celebrar el acuerdo.

LOS LÍMITES ENTRE LOS TIPOS PENALES DE COHECHO Y DE CONCUSIÓN

la mera solicitud de una dádiva quedará incluida dentro del tipo penal contemplado en el artículo 256 del Código Penal.
g) Finalmente, en atención a que el delito de concusión resulta ser más grave que el de cohecho pasivo, toda vez que toda la ilicitud del segundo está incluida dentro del primero, se exige que una futura reforma adecue las escalas penales a la gravedad del ilícito, fijándose una escala penal mayor para el tipo penal de concusión.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL DELITO DE PREVARICATO

por VANESA S. ALFARO

SUMARIO: I. Introducción. II. La legislación española. III. El bien jurídico protegido. IV. El tipo penal. 1. Los sujetos, su especial calidad. 2. La acción. Prevaricato de hecho y de derecho. 3. El tipo subjetivo. La modificación efectuada en el ordenamiento español. 4. El perjuicio. La consumación. V. La forma agravada. 1. La sentencia. 2. Bien jurídico protegido: la libertad. 3. La acción. 4. Tipo subjetivo. 5. La consumación. VI. Auxiliares de la justicia y otros. 1. Bien jurídico protegido. 2. La figura legal en el ordenamiento penal español. 3. Los sujetos. 4. La acción. 5. El tipo subjetivo. 6. El perjuicio.

I. Introducción

El objeto del presente trabajo consiste en efectuar un lineamiento acerca de los aspectos generales de la prevaricación, de sus aplicaciones en nuestro sistema jurídico argentino, y algunas comparaciones con la segregación sistemática, en la materia, saliente de la nueva legislación española.

Se entiende por prevaricar: "delinquir los funcionarios públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resoluciones de manifiesta injusticia". Nuestro Código Penal ubica la figura del prevaricato en el Capítulo X del Título XI, con el rótulo *Delitos contra la administración pública*, que a su vez abarca otros delitos contra alguno de los tres poderes del Estado nacional, provincial o municipal y protege, también, a los bienes del Estado y a sus funcionarios.

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992.

El tipo penal que nos ocupa abarca aquellas hipótesis en las que el sujeto activo debe tratarse de un juez, es decir, prevaricación judicial, o particulares que, asimismo, deciden cuestiones judiciales, y los auxiliares de la labor judicial que designa la preceptiva legal.

Vinculado a lo expuesto, nuestros textos legales siguen al Derecho español² a través de Tejedor que, a su vez, fue modelo del Proyecto de 1891 y del Código de 1886, aunque éstos no incluían el retardo y denegación de justicia. Se trata de infracciones que atentan contra la administración de justicia (Proyecto de 1891, Exposición de Motivos), cometidas por los jueces o abogados, con violación de sus deberes esenciales³.

II. La legislación española

El ordenamiento jurídico penal español prevé por un lado, en el Título XIX, los *Delitos contra la administración pública*, referente a la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos y, por otra parte, en su Título XX denominado *Delitos contra la administración de justicia*, la prevaricación judicial. Ello fue a partir de una sistematización diferente efectuada con la reforma⁴, toda vez que, anteriormente, la prevaricación administrativa o no judicial y la judicial estaban contempladas unilateralmente, como sucede en nuestro cuerpo legal de leyes.

III. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la recta administración de justicia en tanto esté cumpliendo los actos inherentes a su función, ya sea por

² GARCÍA BELSUNCE y SOLER, p. 270; CARRERA y FONTAN BALESTRA, p. 371, citados en NAVARRO, Guillermo Rafael, *Prevaricato del juez y del abogado, denegación por retardo de justicia*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, A-Z, Buenos Aires, 1966, ts. I y II, p. 478.

⁴ Delitos comprendidos en el Título II del Código Penal de 1995, que llevan la rúbrica *Delitos contra la administración pública* y que protegen la función pública mas bien administrativa.

los órganos habilitados para juzgar o por los auxiliares, que contribuyen a la formación de los actos procesales en que se apoya la decisión de los primeros?

"En la prevaricación, se tuerce el derecho por parte de quienes están sometidos únicamente al imperio de la ley. En este sentido, puede estimarse que bienes jurídicos de las conductas de prevaricación guardan una conexión directa con la administración de justicia, pudiéndose citar concretamente en el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional"⁶. No obstante ello, otros autores sustentan que el bien jurídico protegido es *la administración de justicia*, porque las conductas que se castigan afectan a lo que constituye el núcleo central de la función jurisdiccional, en su sentido más estricto, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado?

Conforme a la doctrina española, se protege a la administración de justicia; pero no en cuanto administración, pues para eso bastaría con reunir todos los tipos en el título relativo a la administración en general, sino en cuanto soporte de la actividad del poder jurisdiccional del Estado (Poder Judicial), a pesar de que ese poder pueda ser defendido a través de otros preceptos. Por otra parte, la pretensión de reunir todo aquello que directa o indirectamente afecte a la administración de justicia es casi inalcanzable, pues se extiende a un amplio espectro de conductas punibles.

Más concretamente, se protege en el delito de prevaricación de funcionario público el deber de objetividad. Sin embargo, en el delito de prevaricación judicial (delitos contra la administración de justicia) se protege, dentro de la función pública, el ejercicio de la función

⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*. 10ª reimp., Tea, Buenos Aires, 1992, t. V, p. 271, que así concluye: sean éstos cumplidos por los órganos habilitados para pronunciarla, sea por los auxiliares de ella que contribuyan a la formación de los actos procesales en que la actividad decisoria se apoya; también FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. VII, p. 372; CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 429 y *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 2, p. 316.

⁶ CANCIO MELIA, ps. 1174 y 1175, citado por DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 415.

⁷ GONZÁLEZ RUS, Juan José, en *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, p. 456.

jurisdiccional por jueces y magistrados imparciales y responsables, sometido al imperio de la ley. Así, se lesiona dicho bien jurídico "desde dentro del Estado". En cambio, los restantes delitos contra la administración de justicia "lo hacen desde fuera", impidiendo o dificultando la tarea de los jueces⁸. El nuevo Código Penal español ha tratado de recoger dentro de un mismo título las conductas que *desde dentro* o *desde fuera* afectan a la administración de justicia.

IV. El tipo penal

En nuestra legislación, la primera figura que contiene el Capítulo X es la prevista en el artículo 269, párrafo primero, prevaricato del juez, que amplía el concepto del juez en el párrafo tercero, y modifica en gran parte la noción de prevaricación respecto del juez penal (párrafo segundo), es decir, se encuentra mezclada la figura básica con otras de forma asistemática.

1. Los sujetos, su especial calidad

El sujeto activo mencionado, en primer lugar, es el juez.

Tal como surge de la normativa penal española, respecto del delito de prevaricación del funcionario público no judicial, es aplicable al tipo penal del artículo 269 del Código Penal, en tanto puede considerarse que es un delito especial propio, que asimismo es de propia mano. Por tanto, no admite ninguna forma de complicidad, pero puede aceptar la coautoría y la instigación⁹ y queda excluida la autoría mediata, pues es preciso que el funcionario público (juez) realice todo el hecho por sí mismo¹⁰.

Al tratarse de un delito especial propio en cuanto sólo puede ser cometido por quien ostente la condición de funcionario público o autoridad, en nuestra hipótesis, se trata del juez¹¹. Aunque, con acierto,

⁸ MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 42.
⁹ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 437.
¹⁰ MIR PUIG, ob. cit., p. 73.
¹¹ CERREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, t. II, p. 334.

se ha considerado que es posible la coautoría siempre que la resolución requiera de varios sujetos activos, como es el caso de un tribunal colegiado¹², mas solamente prevaricarán los jueces en los que se cumpla el elemento subjetivo, aunque el Tribunal Supremo considere responsables del delito de prevaricación a todos aquellos miembros del órgano colegiado que contribuyeron con su voto a la adopción del acuerdo injusto, y solamente excluye de responsabilidad penal a los miembros del órgano colegiado que se abstuvieron o votaron en contra de la resolución injusta.

Creus ha sostenido que la colaboración material de los copistas o escribientes, o la intelectual del relator o del secretario, no implica participación, aun si actuaren *a sabiendas*, pues con ello no permitieron, facilitaron o colaboraron en la materialización de la contradicción, del prevaricato de hecho o de derecho¹³. La actuación del secretario como fedatario (art. 121, CPP) escapa del tipo, pues el delito es instantáneo y, por ende, se consuma con la firma del juez¹⁴.

2. La acción. Prevaricato de hecho y de derecho

La conducta punible consiste en el hecho de dictar resoluciones contrarias a la ley o fundadas en situaciones fácticas o resoluciones falsas. Como el bien jurídico protegido es la administración de justicia, la punibilidad no encuentra sustento básico en la calidad personal del sujeto activo sino en la naturaleza del acto en el cual el delito resulta cometido, es decir, un proceso.

La figura legal en cuestión, en el sistema penal argentino, asume una primera modalidad: cuando la resolución es contraria a la ley expresa, cuando se opone a ella: la ley no manda, y la resolución lo hace; aquella prohíbe, y la segunda faculta. Ante tal supuesto se está frente al prevaricato de derecho.

Nuestra legislación, a partir del Proyecto de 1891, se apartó del Código de la Provincia de Buenos Aires, copia del Proyecto Tejedor,

¹² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 1137.

¹³ *Delitos...*, cit., p. 437.

¹⁴ CNCS.Pen., sala IV, L. L. 2001-E, fallo 102.752.

artículo 385, que reprime en su inciso 1° al juez "que expide sentencia definitiva manifestamente injusta", y reemplazó el texto "la sentencia definitiva o interlocutoria que tenga fuerza de tal" por "resolución", ubicando de esta manera la acción punible en el dictado de una resolución, porque muchas de ellas pueden ser tan graves como una sentencia injusta¹⁵.

De tal modo, se define *resolución* como toda decisión jurisdiccional: sentencias definitivas, autos que resuelven incidentes, simples decretos o providencias que provean a peticiones de partes o impartan órdenes sobre actividades jurisdiccionales¹⁶.

La inclusión de este término demuestra que nuestro legislador decidió incluir toda disposición que el juez adopte en ejercicio de su función en relación con un proceso determinado. El Código Penal español vigente coincide con ello al referirse no sólo a sentencias sino que agrega las resoluciones en sus artículos 446 y 447¹⁷.

Un sector de la doctrina comprende únicamente la ley en sentido estricto y otros siguiera contemplar la posible interpretación extensiva. Sin perjuicio de ello, se va aun más lejos al añadir que están incluidos en el concepto de ley "los decretos que autorizadamente puedan regular relaciones jurídicas", esto es, aquellos que no excedan las atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, provincial o municipal regladas por la ley o la Constitución Nacional o provincial¹⁸.

Ciertamente no debe ser considerada "ley" la interpretación obligatoria para los tribunales denominada *falla plenaria*, que sólo constituye una interpretación derivada de una doctrina jurisprudencial¹⁹.

¹⁵ MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Tommasi, Buenos Aires, 1927, t. VI, p. 281, siguiendo al Proyecto de 1891; ver ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. II, p. 478.

¹⁶ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 430; MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, actualizado por E. Aguirre Obartio, Tea, Buenos Aires, 1994, t. III, p. 404; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 330; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1975, t. VII, p. 148; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, *Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, t. III, p. 166.

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1282.

¹⁸ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 431, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 317.

¹⁹ CNCCor, sala V, 26-8-93, "Vacca, H. y otro", causa 725, con citas de CREUS, *Delitos...*, cit., p. 431 y NÚÑEZ, ob. cit., p. 149, la que triunfó con otra integración de la sala, en causa 1268 del 17-5-94, en el mismo proceso.

Si bien se ha dicho que los jueces son pasibles de error en la calificación de los hechos y aplicación de las normas de la ley, no ha de deducirse de ello, mientras no medie prueba plena de infracciones dolosas o quebrantamientos intencionales de la ley, que hayan incurrido en prevaricato frente a una resolución equivocada o contraria al criterio legal, doctrinario o jurisprudencial²⁰.

Lo definitorio es que la resolución se funde en clara contradicción a la ley, pues si la decisión se ajusta a ella, no importa si es la invocada por el órgano jurisdiccional o por la parte; puede invocarse una ley inaplicable al caso, pero acertar en la solución que contempla otra ley, y en ello no hay prevaricato. Se ha considerado que "no prevarica el juez que se equivoca y comete una legalidad"²¹.

Como consecuencia de ello, se encuentran excluidos de la punibilidad el error y la ignorancia de hecho y de derecho²² y el fanatismo del juez²³. Para ello están los remedios que la ley procesal crea para evitar la decisión injusta. La reiterada ignorancia (en el sentido de visión sectaria del Derecho o desconocimiento) podrá poner en movimiento otro remedio, ya sea juicio político o enjuiciamiento para remover al juez, aunque no se sospeche su incorrección moral; también es posible que pueda reprochársele otros ilícitos²⁴.

Ahora, si la resolución contradice la ley se debe investigar cuál ha sido el origen de la contradicción, si el error, la ignorancia o la voluntad del juez de contrariar *a sabiendas*, única situación, esta última, en que cometería el ilícito en cuestión²⁵. En ese caso, al menos, para el ordenamiento penal español podría presentarse una prevaricación imprudente. En términos generales se ha sostenido que se cometería prevaricato

²⁰ SCJBA, *Acuerdos y Sentencias* 1959-IV-350; CSJN, *Fallos*: 260:210.

²¹ SOLER, ob. cit., p. 273; CREUS, *Delitos...*, cit., p. 432, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 317; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 166.

²² SOLER, ob. cit., p. 276, con cita de Rivarola y de doctrina alemana en nota 10; CREUS, *Delitos...*, cit., p. 438; DONNA, ob. cit., p. 422; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 167.

²³ NÚÑEZ, Ricardo, *Los elementos subjetivos del Derecho Penal*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1943, p. 70, con recuerdo de Pacheco que decía que no prevarica el juez que ve delitos que no lo son; SOLER, ob. cit., nota 10 cit.

²⁴ NAVARRO, ob. cit., p. 40.

²⁵ CNFed.CCort., sala I, J. P. B. A. 109-236-414.

cuando existe una "oposición evidente, inequívoca y maliciosa" entre la resolución y algún precepto "claro y definido de la Constitución o de la ley"²⁶. Empero, desde ya el tipo objetivo debe completarse con el subjetivo²⁷.

Con relación a lo indicado, atención aparte merecen las denuncias realizadas por la comisión del delito de prevaricato de la parte que se siente agravada por la decisión jurisdiccional, toda vez que se entiende falto de seriedad si no se determina cuál es la ley contrariada o cuáles son los hechos o resoluciones falsas²⁸.

Por su parte, la doctrina española sostuvo respecto de las resoluciones injustas que dicha calificación no es extensible a cualquier resolución o sentencia incorrecta en el plano de la legalidad²⁹. En consecuencia, será aquella sentencia o resolución que infringe el Derecho y que de una manera manifiesta, evidente e inquestionable esté en contradicción con el ordenamiento jurídico³⁰.

La segunda forma es el prevaricato de hecho, que consiste en fundar la resolución en hechos o resoluciones falsas. Mas la esencia de la criminalidad del ilícito es de carácter subjetivo³¹; el aspecto objetivo es, simplemente, presupuesto para que el delito se haga posible³².

Así, la resolución prevaricadora debe estar fundada en hechos o resoluciones falsas que sean invocados como argumentos decisivos de la solución que el órgano jurisdiccional otorgue a la cuestión sometida a juzgamiento³³.

La resolución cuestionada debe encontrarse fundada en hechos o resoluciones falsas. No es suficiente citar falsamente; sino que la cita se encuentre encaminada a fundar la resolución que se dicta³⁴.

- ²⁶ Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de Buenos Aires, J. A. 74-443.
²⁷ DONNA, ob. cit., p. 419; CNFed.CCort., sala I, J. P. B. A. 109-236-414.
²⁸ CSJN, *Fallos*: 240:43.
²⁹ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1282.
³⁰ DONNA, ob. cit., p. 417.
³¹ CARRERA y SOLER, p. 272; NÚÑEZ, p. 150; QUINTERO OLIVARES, p. 1282, cits. en NAVARRO, ob. cit., p. 37.
³² SOLER, ob. cit., p. 272.
³³ CREUS, *Delitos...*, cit., y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 317.
³⁴ SOLER, ob. cit., p. 273; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 168; Proyecto de 1891 en ZAFFARONI y ARNEDEO, ob. cit., t. II, p. 479.

La falsía de hechos o resoluciones admite tanto que se trate de la inexistencia de aquello que se invoca como sustento de la decisión, como atribuir a lo que existe o existió un significado del que carece, o sustancialmente distinto.

El hecho será considerado como falso si el órgano jurisdiccional conocía su inexistencia actual o pretérita o si lo desfigurara³⁵. Sin perjuicio de ello, no lo es si su acreditación depende del criterio del juez, con sujeción a la prueba³⁶, salvo que el juzgador que considera con acierto al hecho insuficientemente probado termine citándolo como existente y como fundamento de la decisión.

Ya se trate del prevaricato de hecho, como del de derecho, la acción propiamente dicha consiste en dictar una resolución, la cual debe ser de naturaleza jurisdiccional. Las decisiones sobre superintendencia, por ejemplo, aun las correspondientes a un juicio, escapan del tipo penal, aunque puedan constituir otro delito contra la administración como puede ser el caso del abuso de autoridad³⁷, debido a que son meros actos administrativos procesales³⁸, en los cuales puede cometerse abuso de autoridad pero no prevaricato³⁹.

3. El tipo subjetivo. La modificación efectuada en el ordenamiento español

Nuestra figura es un delito doloso que exige conocer la contradicción existente entre lo que se invoca y la resolución, que el derecho citado es inaplicable, que el hecho o la resolución usados como antecedentes son falsos. También requiere de la voluntad de decidir en razón de esa contradicción.

³⁵ NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 149; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 168.
³⁶ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 377; SOLER, ob. cit., p. 274; CREUS, *Delitos*, cit., p. 433; CNFed.CCort., L. L. 1988-E-265.
³⁷ CREUS, *Delitos*, cit., p. 430, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 316; SOLER, ob. cit., p. 272; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 374; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 165; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 148; DONNA, ob. cit., p. 416; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código Penal comentado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, t. IV, p. 520; MOLINARIO, ob. cit., p. 404; CNCCort., D. J. 2000-1-877 y L. L. 2000-C-337.
³⁸ ODERIGO, Mario A., *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 353.
³⁹ DONNA, ob. cit., p. 416.

En cambio, en la legislación española existe, además de la figura dolosa, la prevaricación judicial imprudente, y tan sólo fue destipificada la imprudencia respecto del funcionario público no judicial. Ello toda vez que, para el legislador de 1995, el juez es quien mejor debe conocer el Derecho, y por ese motivo se le puede exigir más que al funcionario público.

Dicho argumento para algunos autores no es sólido, pues tanto el juez como el funcionario público pueden aplicar incorrectamente el mismo Derecho positivo, y algunos funcionarios no judiciales tienen jurisdicción al estar constituidos en autoridad, encontrándose, en este aspecto, equiparados a los jueces⁴⁰.

Lo indicado radica en la idea de despenalizar la modalidad imprudente, camino adoptado, entre otros sistemas, por el alemán, en el que sólo se castigan las conductas dolosas y el resto pertenece al Derecho Administrativo disciplinario⁴¹.

Una referencia acerca del aspecto subjetivo del tipo penal lleva a destacar que, como se ha dicho anteriormente, el legislador se apartó del criterio de Pacheco en cuanto sostenía que debía declararse que la prevaricación sólo puede cometerse "a sabiendas", para evitar que en todo caso en que se dicte una sentencia injusta se interprete que se violó la norma. Los Proyectos de 1960 y 1979 han preferido rein-

corporar la referencia subjetiva.

Nuestra doctrina entendió que la ausencia del "a sabiendas" es un mero reconocimiento de la verdadera naturaleza del ilícito —tal como viene trazada— desde fuentes tan remotas que desconocían toda noción acerca de los elementos subjetivos. No se menciona la voluntad dolosa porque es evidente, se sostuvo en el Proyecto de Villagas, Ugarriza y García, de donde nació la exclusión.

Tradicionalmente se recurre a las enseñanzas de Carrara sobre perjurio o falso testimonio⁴² para esclarecer la naturaleza del prevaricato.

⁴⁰ MIR PUIG, ob. cit., p. 45.

⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, C. G. P. J., 1995, p. 67, cit. por MIR PUIG, ob. cit., p. 45.

⁴² CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1973, p. 2678.

El primero consiste en la discrepancia entre lo declarado y aquello que el testigo sabe que sucedió. En cambio, se define subjetivamente al prevaricato como la discordancia entre el derecho declarado y el conocido. De ese modo, prevarica quien hace pasar como derecho algo que positivamente sabe que no lo es⁴³, aquel que funda su decisión en hecho o resolución que sabe falso y quiere hacer pasar por verdadero. En consecuencia, puede sostenerse que si el prevaricato es una falsedad, como todas ellas, requiere del conocimiento de la falsía, de la invocación de algo inexistente o diferente de cómo se lo cita⁴⁴.

Los motivos de la resolución prevaricadora carecen de inclusión en el tipo, de manera indiferente, sin importar que el desvío se encuentre motivado por los más elevados propósitos o por buenas intenciones⁴⁵. Es suficiente que sea conocido y voluntario.

Nuestra legislación no contempla el propósito de perjudicar o beneficiar a una u otra parte como lo contienen otras⁴⁶.

Igualmente, pensar en un prevaricato culposo o puramente formal se aparta de todos los precedentes, aun de los más remotos. Entonces sólo es sancionable la modalidad de prevaricación activa dolosa⁴⁷. El sujeto tiene que poseer conocimiento y voluntad de resolver contra aquello que dispone la ley invocada como fundamento de su fallo, o que los hechos o las resoluciones en los que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó, independientemente de los resultados perjudiciales o beneficiosos que, para una parte, pudiera tener. Como se viene analizando, en la figura prevista por nuestro ordenamiento jurídico el dolo es directo y por tanto, entonces, la existencia de culpa o de error excluye el prevaricato⁴⁸. La exigencia pre-

⁴³ SOLER, ob. cit., p. 276; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 167.

⁴⁴ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 435, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 318.

⁴⁵ NÚÑEZ, *Los elementos...*, cit., ps. 71 y 150; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 378; SOLER, ob. cit., p. 275; CREUS, *Delitos...*, cit., p. 435; en contra MORENO,

ob. cit., p. 279, que piensa que el móvil elevado excusa el hecho.

⁴⁶ SOLER, ob. cit., p. 277.

⁴⁷ QUINTANO RÍPOLES, Antonio, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, t. II, p. 571.

⁴⁸ DONNA, ob. cit., p. 422; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 376; SOLER, ob. cit., ps. 276/277.

cedentemente expuesta conduce a los autores españoles y alemanes a considerar insuficiente la presencia del dolo eventual⁴⁹.

En el Derecho español se sostiene que el delito de prevaricación puede ser cometido tanto de forma dolosa como culposa. Toda vez que sólo desapareció la modalidad imprudente prevista en el artículo 358.2 del Código Penal anterior, respecto del prevaricato dirigido hacia los no judiciales.

Además, con la instauración del sistema de *numerus clausus*, para la conversión culposa de las conductas típicas, es precisa una cláusula ad hoc de cobertura legal. Entonces, en dicha legislación para cometer el delito de prevaricación, la autoridad o funcionario público deberá, a sabiendas de su injusticia, adoptar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se exige que la resolución fuere dictada con conocimiento y voluntad del acto, con intención deliberada y plena conciencia de su ilegalidad e injusticia⁵⁰.

Por ello se sostuvo que no basta el elemento objetivo del delito de prevaricato para que éste exista, sino que es necesario el elemento subjetivo concretado en la malicia con que proceda el juez a quien se imputa el suceso⁵¹.

4. El perjuicio. La consumación

Tampoco es requerido por el tipo que la resolución implique provecho o perjuicio para algunas de las partes en el juicio⁵²; por ende, se trata de un delito de mera actividad. En la idea de que ese tipo de delitos no se caracteriza porque producen un resultado —pues todos los delitos tienen un resultado y si no lo tuvieran no perjudicarían a

⁴⁹ Rodríguez Devesa, Schönke-Schröder, Pacheco, exigen conocimiento de la injusticia, según cita de FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 375; CREUS, *Delitos...* cit., p. 438; SOLER, ob. cit., p. 276 y nota 9.

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1136.

⁵¹ Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de Buenos Aires, D. J. B. A. 951-XXXXIII-277; CFed. de La Plata, J. P. B. A. 83-48-124.

⁵² SOLER, ob. cit., p. 277; DONNA, ob. cit., p. 422. En contra: GARCÍA

BELSUNCE, Horacio A., *El prevaricato de los jueces*, en J. A. 1949-I, sec. Doctrina, p. 35; CFed. de San Martín, L. L. 1996-E-361 o D. J. 1997-1-301 o J. A. 1997-IV-269.

nadie y entonces el Derecho Penal no tendría ninguna legitimación para intervenir— sino, únicamente, porque el resultado se produce simultáneamente con la actividad⁵³.

De modo tal que, como señala Mir Puig, la diferencia con los delitos de resultado es imaginable teóricamente: la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material. En cambio, en los delitos de mera actividad, el resultado siempre tiene lugar simultáneamente con la actividad desplegada por el agente. En el caso de la tentativa, pese a que pareciera posible, por ejemplo, si la resolución está perfeccionada para ser firmada, según lo ordenado por el juez, y éste decide no suscribirla, lo cierto es que resulta inadmisibles⁵⁴. El delito se consuma por el dictado de la resolución⁵⁵, por la firma de la decisión por el juez o jueces, en el procedimiento escrito, o por su expresión verbal, en el procedimiento oral⁵⁶.

Se trata de un delito instantáneo, formal⁵⁷. El tipo no contiene otra exigencia que la existencia de la resolución, que no requiere, como ya fue expresado, ejecutoriedad ni comienzo de ejecución. Por lo tanto, la consumación es ajena a que el auto decisorio produzca algún resultado, sea en perjuicio o en beneficio⁵⁸.

⁵³ GIMBERNAT ORDEIG, Enríque, *Política criminal y reforma penal. Otra vez los delitos contra la propiedad intelectual*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, p. 600, cit. en MIR PUIG, ob. cit., p. 68.
⁵⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 375; CREUS, *Delitos...*, cit., p. 436; NÚÑEZ, *Derecho Penal... Tratado de Derecho Penal*, Compañía de Editores, Buenos Aires, 1942, t. V, p. 578, para quien la tentativa no parece imaginable; LAJE ANAYA, ob. cit., ps. 167/168, cit. en SOLER, ob. cit., p. 278; DONNA, ob. cit., p. 422.
⁵⁵ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 374; NÚÑEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 148; CREUS, *Delitos...*, cit., p. 436.
⁵⁶ DONNA, ob. cit., p. 422.
⁵⁷ SOLER, ob. cit., p. 278; GÓMEZ, ob. cit., p. 578; ODERIGO, ob. cit., p. 386; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 375; CNCCor, J. P. B. A. 86-1-6; CNCSas.Pen., sala IV, L. L. 2001-E, fallo 102.572.
⁵⁸ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 436; SOLER, ob. cit., p. 277; ODERIGO, ob. cit., p. 386; MALDONADO, Horacio S., *Delitos contra la administración pública*, en LEVENE (h), Ricardo (dir.), *Manual de Derecho Penal*, Zavalla, Buenos Aires, 1978, p. 563; DONNA, ob. cit., p. 422; en contra GARCÍA BELSUNCE, ob. cit., sostiene que debe producir perjuicio o provecho para una de las partes y, con su cita, CFed. de San Martín, causa cit.

La diferencia existente entre esta figura y la del tipo penal básico, anteriormente referenciado, consiste en que el autor solamente puede ser un juez con competencia penal y que la resolución debe tratarse únicamente de una sentencia condenatoria en causa criminal.

Puede ser sujeto activo de este delito el juez en el amplio sentido; pero limitado al que posea competencia penal. No se encuentran incluidos los árbitros⁶⁰, pues no pueden ser jueces en causa criminal.

1. La sentencia

La sentencia condenatoria en una causa criminal es solamente aquella de primera o de otra instancia superior o única, por la que se impone una sanción a una persona procesada. En nuestra legislación vigente es aquella del artículo 403 del CPPN, según la preceptiva genérica del artículo 399 de ese cuerpo de leyes. Por tanto, no constituye este tipo agravado la conducta descripta por el artículo 270 del Código Penal, o el dictado de auto de procesamiento o el sobreseimiento.

El motivo de la agravante sería el daño que de la sentencia pudiere resultar para las personas, aunque en verdad, la razón de la gravedad de la pena se explica por sí misma. La sentencia absoluta de la escapa del precepto en esta forma agravada, aunque quede atrapada en el tipo básico, del mismo modo que pueden quedar el sobresentimiento, el pro-

⁵⁹ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 434; NÚÑEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 150; LAJE

ANAYA, ob. cit., p. 168.

⁶⁰ NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 150.

cesamiento, etcétera⁶¹. La figura se consuma con el dictado del fallo, por lo tanto la sentencia nula también configura el delito⁶². En el caso de la sentencia prevaricadora con penas de multa e inhabilitación corresponde la penalidad del primer párrafo, y en aquella con pena corporal, la del segundo. La diferencia de la penalidad revela el sentido de la forma agravada.

2. Bien jurídico protegido: la libertad

El delito de prevaricato, como pluriobjetivo que es en esta agravante, tiene pena mayor cuando pone en peligro a otro bien jurídico protegido por la ley penal, la libertad, a semejanza del ilícito contenido en el artículo 270 del Código Penal.

El delito previsto en el artículo 270 del Código Penal rotulado como "prisión preventiva ilegal"⁶³ fue suprimido en el Proyecto de 1960 porque solamente la figura era explicable como forma culpable de prevaricato incompatible con la estructura del delito. El Proyecto de 1979 mantuvo esa misma idea.

El "Prevaricato por prisión preventiva" es otra denominación aceptable por ajustarse a la ubicación que se le asignó dentro del Capítulo X⁶⁴; otros prefirieron llamarlo "Prevaricato de los jueces del crimen". Pero esta rotulación como "prevaricato" pierde de vista la diferencia de este ilícito con aquel que, como se verá, es importante.

El tipo penal en cuestión penaliza con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación absoluta de uno a seis años al "juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado".

⁶¹ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 434, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 318; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 378; NÚÑEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 150; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 168; MOLINARIO, ob. cit., p. 406.
⁶² LAJE ANAYA, ob. cit., p. 169.
⁶³ NÚÑEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 150; SOLER, ob. cit., p. 278; MOLINARIO, ob. cit., p. 406; CREUS, *Delitos...*, cit., p. 439, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 331; DONNA, ob. cit., p. 422.
⁶⁴ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 169.

Se trata de un delito contra la libertad más que contra la administración de justicia, similar al del inciso 1º del artículo 144 bis del mismo ordenamiento de leyes, aunque el autor del delito sea un funcionario judicial cuya actividad funcional le permita privar de libertad a las personas y que efectúe dicha privación con abuso de la facultad⁶⁵. En el Proyecto Tejedor, entre los abusos de autoridad está ubicado el del juez que no otorga la libertad al detenido o preso cuya soltura haya debido decretar conforme a la ley⁶⁶.

Fue considerado delito contra la libertad en el Proyecto de 1891 hasta que se modificó su ubicación, adoptando la actual, a partir del Proyecto de 1906, sin explicación alguna⁶⁷.

Esta figura penal pone en peligro la libertad de un individuo, por un lado, o lo priva de ella y, por otro, atenta contra la debida administración de justicia. En virtud de la ubicación del tipo cabe sostener que, en primer lugar, tutela la rectitud de dicha administración y, en forma refleja, lo hace con el interés privado. Protege dos bienes jurídicos⁶⁸.

3. *La acción*

La acción consiste en decretar (ordenar) la prisión preventiva de alguien que está imputado de un delito que no admite, en ningún caso, dicha medida porque no se lo puede condenar a que sufra pena privativa de libertad⁶⁹ o su prolongación de manera indebida.

Aquí no se trata en puridad de prevaricato, en el sentido del artículo 269 del Código Penal, salvo que la resolución que disponga o prolongue la prisión preventiva incurra en contradicción entre lo resuelto y la ley invocada, o se funde en hechos o resoluciones falsos. En caso de darse estos requisitos del otro tipo penal, el tratado es sobreabundante, toda vez que el concurso aparente entre ambos se resuelve con la aplicación del artículo 269 del Código Penal⁷⁰.

⁶⁵ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 445.

⁶⁶ NAVARRO, ob. cit., p. 57.

⁶⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 169.

⁶⁸ MOLINARIO, ob. cit., p. 407.

⁶⁹ NÚÑEZ, *Derecho Penal...*, cit.; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 170.

⁷⁰ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 445, pues la prisión preventiva no es sino una consecuencia necesaria del prevaricato.

La figura cuestionada admite, entonces, dos acciones alternativas: decretar indebidamente prisión preventiva y prolongarla también indebidamente.

Si el juez carece de la facultad de disponer legalmente una prisión preventiva, cometerla, en ese supuesto, abuso de autoridad, delito más grave que vuelve a destacar la incongruencia de la pena que prevé la figura en tratamiento.

La prisión preventiva es una medida de coerción personal que emana del órgano jurisdiccional instructorio, en la etapa del sumario; es un aseguramiento procesal tendiente a prevenir que la ley penal no pueda ser aplicada con plenitud⁷¹.

La detención, el arresto y el procesamiento no están descriptos en el tipo aunque puedan constituir delitos contra la libertad⁷². Los dos primeros son meros inicios de la pesquisa y el último anuncia provisoriamente la decisión del órgano jurisdiccional de elevar la causa a juicio.

Existen circunstancias en las cuales está vedado el dictado de la prisión preventiva: 1) cuando el delito tenga prevista solamente pena de multa o de inhabilitación⁷³; 2) en los juicios por delitos de acción privada; 3) al dictar el auto de procesamiento, cuando antes se hubiere concedido la libertad provisional, pues el delito imputado conlleva pena menor de ocho años de prisión o reclusión, o cuando pudiere corresponder condena de ejecución condicional (art. 26, Cód. Pen.) y no se dieren las circunstancias del artículo 319 del CPPN (art. 312 ibídem); 4) respecto de los menores en las causas que tramiten ante la justicia nacional (arts. 14, leyes 10.903 y 22.278, y 315 del CPPN); 5) cuando la ley procesal que veda la soltura es inconstitucional⁷⁴, y 6) cuando el tiempo cumplido en detención supere la pena máxima posible⁷⁵.

⁷¹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 101; NAVARRRO y DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación*, Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 649; CREUS, *Delitos...*, cit., p. 440.

⁷² CREUS, *Delitos...*, cit., p. 440, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 320.

⁷³ NÚÑEZ, *Derecho Penal...*, cit.; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 170; DONNA, ob. cit., p. 424.

⁷⁴ CSJN, *Fallos*: 321:3630 o L. L. 1997-B-962 o D. J. 1999-2-596.

⁷⁵ CNFed.CCom., L. L. 2001-B-695; DONNA, ob. cit., p. 425.

El dictado de la prisión preventiva es impropio cuando el delito no tiene prevista pena privativa de libertad, ya sea como única sanción posible o como alternativa. El auto de prisión preventiva carente de fundamentos o cuando éstos resulten insuficientes puede constituir el delito de prevaricato contenido en el artículo 269 del mismo cuerpo de leyes.

Es preciso aclarar que la regulación de esta figura legal sirve para evitar el abuso de los jueces en la aplicación del encarcelamiento preventivo.

El precepto reprime decretar la prisión preventiva cuando resulta impropio conforme a la legislación penal y procesal, es decir que bastaría el dictado del auto⁷⁶. La doctrina nacional mayoritaria exige que exista efectiva privación de libertad⁷⁷, y olvida que éste es un delito contra la administración de justicia y no contra la libertad.

Se ha sostenido que "decretar" no es hacer efectiva la prisión preventiva sino meramente dictarla; no se trata de delito contra la libertad sino contra la administración de justicia, y por esa razón basta proceder con violación de la ley. Aunque reconocamos que es pluriofensivo, es suficiente el mero dictado que acarrea el peligro concreto de privación de libertad, pues ello implica orden de captura.

Este tipo penal requiere que la efectiva privación de la libertad se prolongue más allá del tiempo que la ley penal tiene establecido como pena máxima para el delito por el cual se juzga al sujeto pasivo. En consecuencia, importa el daño efectivo y no la mera posibilidad de sufrirlo.

Hay dos posibilidades comisivas, la primera, ordenar que se prolongue la prisión preventiva, y la segunda, omitir hacerla cesar en el momento debido⁷⁸. En ambos casos el justificable permanece privado de libertad sin que se justifique legalmente de manera alguna dicho encierro.

⁷⁶ CREUS, *Delitos...* cit., p. 440, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 321; NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 151.
⁷⁷ ODERIGO, ob. cit., p. 387; SOLER, ob. cit., ps. 279 y 280; FONTÁN BA-LESTRA, ob. cit., p. 379; GÓMEZ, ob. cit., p. 579; Nocetti Fasolino, al conjugar ambas acciones, deduce que las dos implican efectiva privación de libertad.
⁷⁸ NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit.; CREUS, *Delitos...* cit., p. 441.

4. Tipo subjetivo

La mencionada modalidad agravada ha sido considerada dolosa por una parte de nuestra doctrina, mientras que algunos autores sostienen que se trata de un delito culposo porque no se puede tratar de una atenuante del prevaricato simple, pero tiene menor pena; por tanto, la única explicación posible sería esta⁷⁹. Sin embargo, esta última posición puede generar el inconveniente desde el principio de legalidad dado que no conforma el sistema *numerus clausus* que rige en materia de imprudencia para que la forma culposa resulte punible y, de tal modo, se configure el tipo penal.

Desde la faz subjetiva, lo reprimido sería "la actuación negligente o imprudente del juez, que por ligereza, por dejadez, por retardo..."⁸⁰ En cuanto a la segunda forma (prolongación), se atribuiría al órgano jurisdiccional un deber propio del secretario⁸¹, pues muchos opinan que debe tratarse de un error en el cómputo, por culpa⁸².

5. La consumación

Las diferentes ópticas de la tentativa permiten pensar que en la posición mayoritaria el delito se consuma con la privación de la libertad y el mero dictado del auto implicaría tentativa. El criterio de la postura minoritaria consiste en considerar que el injusto rechaza la tentativa pues se consuma con el mero dictado⁸³. Basta prolongar la prisión preventiva que fue dictada conforme a la preceptiva procesal y penal, es decir que es su presupuesto la legalidad del dictado del auto de aseguramiento⁸⁴. El exceso en el encarcamiento preventivo debe computarse desde el momento de la privación de libertad hasta el máximo posible de pena. En caso de que el proceso se prolongase más allá del máximo posible de pena correspondiente al delito, el órgano jurisdiccional tiene

⁷⁹ MOLINARIO, ob. cit., p. 407.

⁸⁰ SOLER, ob. cit., p. 279.

⁸¹ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 444.

⁸² MOLINARIO, ob. cit., p. 408; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 170.

⁸³ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 444, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 222.

⁸⁴ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 441, y *Derecho Penal. Parte especial* cit., p. 324.

la obligación de conceder la libertad provisoria por vía de la excarcelación. Esa es la aplicación de la regla de oro, por la cual debe cesar o no existir el encarceramiento preventivo cuando no hubiera posibilidad de pena corporal y ésta desapareciese con el agotamiento de la pena en prisión preventiva.

Se consuma cuando se trata de omisión, de hacer cesar el encarceramiento preventivo, y se ubicaría en la oportunidad en que se debió disponer la libertad. La conclusión precedente es concordante con quienes atribuyen carácter culposo al ilícito y es admisible para quienes lo creen doloso. No obstante ello, para la postura que sostiene la naturaleza dolosa, puede hacerse una distinción cuando la prolongación iniciada culposamente se continúe dolosamente, y es allí donde se debe ubicar el momento consumativo⁸⁵.

El tipo penal previsto en el artículo 269 desplaza por especialidad al del artículo 270 cuando la decisión que dispone la prisión preventiva o la prolonga se funde en hechos o resoluciones falsos o exista contradicción entre lo resuelto y la ley invocada. Fuera de este caso no existe relación alguna.

VI. Auxiliares de la justicia y otros

Corresponde efectuar alguna apreciación respecto del prevaricato de los auxiliares de la justicia, al que se definía en sentido estricto y propio como "el delito en que incurre todo el que, al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente"⁸⁶.

Esta descripción no fue seguida por nuestro texto legal, que no requiere dichas miras⁸⁷. El artículo 271 del Código Penal con el rótulo de prevaricato dentro del mismo Capítulo X reprime con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación especial de uno a seis años al "abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o suce-

⁸⁵ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 444.
⁸⁶ CARRARA, ob. cit., p. 2594.
⁸⁷ SOLER, ob. cit., p. 284.

sivamente, o que de cualquier otro modo perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada".

1. Bien jurídico protegido

Es un delito contra la administración de justicia cuyo correcto funcionamientoamiento se ve afectado por los abogados y los mandatarios que representan a las partes en el juicio, sujetos cuya intervención perfecta la relación procesal y, por tanto, el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional también depende de ellos tanto como del juez; su actuación infiel la pone igualmente en peligro⁸⁸.

Se trata de los llamados delitos pluriofensivos pues, como consecuencia de la actividad o inactividad del profesional, resulta perjuicio a quien le confió un interés económico, moral, etcétera. Como afirma Carrera, la figura tutela la recta administración de justicia y, en forma refleja, el interés del particular. Este es el ilícito que en muchas legislaciones merece el nombre de prevaricato, siguiendo tradición visible ya en el Derecho Romano⁸⁹.

El bien jurídico protegido es el interés que posee el Estado en la recta administración de la justicia, la cual puede ser perjudicada tanto por la mala actuación del juez como por la actuación infiel de los abogados o mandatarios judiciales, toda vez que al perjudicar deliberadamente la causa que se les ha confiado rompen con el equilibrio que debe existir entre las partes. De esta manera, la administración de justicia se convierte, sin saberlo, en cómplice de un ilícito de los particulares⁹⁰.

2. La figura legal en el ordenamiento penal español

El actual Código español lo llama "deslealtad profesional de abogados y procuradores", apartándose del prevaricato o prevaricación, pues la doctrina considera que este concepto está ligado a la condición

⁸⁸ CREUS, *Delitos...*, cit.; y *Derecho Penal. Parte especial* cit., ps. 323 y 446.
⁸⁹ QUINTANO RIPOLLES, ob. cit., p. 572; CARRERA, ob. cit., p. 2594; Tejedor en nota al citado art. 387, ver en ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. I, p. 323.
⁹⁰ DONNA, ob. cit., p. 428.

de funcionario público⁹¹. Todo el resto de la doctrina se inclina por llamar al ilícito en la forma que da nombre al capítulo⁹², aunque en la española se aluda frecuentemente a prevaricación; denominación que también le han dado en el Proyecto de Ugarriza, Villegas y García⁹³.

3. *Los sujetos*

Los sujetos que sólo pueden cometer este delito son aquellos funcionarios públicos, conforme surge de la definición que establece el artículo 77 del Código Penal, que actúen en juicio en razón de haberseles confiado por mandato legal, o de su superior, la defensa de un interés y que en dicha actividad produzcan dictámenes.

Sólo pueden ser abogados y mandatarios judiciales, en tanto actúen en juicio. En este grupo de delitos los agentes, generalmente, son funcionarios públicos. Ello se debe específicamente a la naturaleza pública de la función en la que intervienen, en la cooperación que la ley les asigna con la administración de justicia⁹⁴; son imprescindibles pese a ser personas privadas y a carecer de la condición de funcionarios, aunque algunos de ellos puedan serlo.

Se entiende por abogado aquel que ejerce la defensa de los intereses de las partes en virtud de poseer título habilitante y la inscripción en la matrícula profesional que se requiere en cada provincia y ante la justicia nacional⁹⁵. Su actividad profesional puede limitarse al mero patrocinio en el proceso civil o al del querellante o del particular damnificado en el proceso penal, o alcanzar el carácter de parte como defensor.

Es mandatario judicial aquel que representa en juicio a una parte según las leyes y reglamentaciones vigentes. Pueden superponerse estas condiciones en la misma persona que ejerce, promiscuamente, ambas profesiones, abogado y procurador.

Claro está que puede incurrir en prevaricato el defensor asignado de

⁹¹ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1346.

⁹² NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 152; SOLER, ob. cit., p. 281; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 171.

⁹³ ZAFFARONI y ARNEJO, ob. cit., t. II, p. 92.

⁹⁴ SOLER, ob. cit., p. 282 y nota 24.

⁹⁵ NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 152; CREUS, *Delitos*, cit., p. 452; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 171.

oficio por el órgano jurisdiccional o aquel designado para patrocinar al querellante. En el caso de los defensores oficiales (arts. 104 y 107, CPPN, ley 24.946), deben actuar en defensa de los intereses de su pupilo.

También podrá prevaricar el fiscal si traiciona el interés del Estado. El fiscal dictamina en el proceso penal; pero si cotejamos su función con la del querellante (art. 347, CPP), no existe diferencia, ambos son requerientes, aun cuando es claro que el primero será imparcial y no sucede lo mismo respecto del querellante. Los fiscales son abogados que actúan en el proceso penal en representación del interés del Estado para que se arribe a una decisión del órgano jurisdiccional conforme al sistema legal vigente. Pueden perjudicar el interés confiado a través de la mala aplicación del Derecho, o solicitando prueba inconducente o con efectos dilatorios, u omitir la interposición de recursos, etcétera. Sin perjuicio de ello, a diferencia de la parte querellante, pueden incurrir en el delito previsto en el artículo 274 del Código Penal, respecto de la omisión de promover la persecución y represión de la delincuencia⁹⁶.

En cuanto a los asesores de menores e incapaces, no varía de la situación descripta en lo referente a los fiscales.

En el mismo sentido, los representantes del Fisco de la Dirección General Impositiva (ley 23.898, arts. 4º, "d" y 5º, par. 2º y 3º) dictaminarán al corréseles vista respecto de la tasa judicial a oblar; pero actuarán como mandatarios del Estado. En el caso de los fiscales de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en verdad no pueden ser sino querellantes en representación de intereses del Estado, esto es, se convierten en parte a semejanza de cualquier particular; lo mismo sucede con aquellos que defienden intereses del Estado en cualquier tipo de juicio, ya sea civil o penal, actúan como cualquier abogado o mandatario. Igual sería el caso de la Oficina Anticorrupción (art. 13, ley 25.233).

En el caso de los peritos, se considera que son funcionarios que dictaminan en juicio en defensa del interés del Estado, pues no lo son aquellos que se limitan a informar a requerimiento del órgano jurisdiccional, aunque a sus informes se los denomine dictámenes; entonces si dictaminan falsamente incurrir en el delito de falso testimonio

(arts. 275 y 276, Cód. Pen.). Respecto de ello, corresponde agregar que hasta el Proyecto de 1891 se encontraban entre los posibles sujetos activos del delito de prevaricato.

Sintéticamente, sólo pueden prevaricar los abogados y mandatarios que representen o patrocinen al Estado cuyo interés en la causa deben defender. Gran parte de la doctrina nacional se aparta del paralelismo con el artículo 271 y admite que la opinión o dictamen se produzca ante la autoridad administrativa⁹⁷.

Se hallan excluidos los secretarios de juzgado y los peritos oficiales; si bien estos últimos emiten dictámenes sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, no lo hacen en función de parte sino como asesores especiales del juez, y están abarcados por el artículo 276 del Código Penal⁹⁸.

El sujeto pasivo es aquella persona de existencia real o ideal que ha confiado al abogado o al mandatario judicial la defensa de sus intereses en un proceso determinado.

4. La acción

La mencionada norma comienza aludiendo a la doble actuación en el mismo juicio y termina refiriéndose a otro modo cualquiera de perjudicar el interés que fue confiado al profesional. La conducta prevista y reprimida en el artículo 271 del Código Penal asume la forma de defender o representar partes contrarias, situación en la cual el delito se configura con la asunción de la doble o sucesiva representación, patrocinio o defensa. La acción consiste básicamente en perjudicar deliberadamente la causa confiada⁹⁹. De igual modo opina la jurisprudencia¹⁰⁰. En esta posición es coincidente, además, la doctrina española¹⁰¹.

⁹⁷ NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 153; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 271.

⁹⁸ DONNA, ob. cit., p. 432; SOLER, ob. cit., ps. 281/282.

⁹⁹ NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 153; SOLER, ob. cit., p. 283; FONTÁN

BALESTRA, ob. cit., p. 383; CREUS, *Delitos*, cit., p. 447, y *Derecho Penal. Parte*

especial cit., p. 323; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 172.

¹⁰⁰ CNCCor., D. J. 1992-1-254, S. J. 532 o L. L. 1991-D-137, y J. P. B. A.

54-10-2268.

¹⁰¹ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1348.

Se trata de un delito formal que no está contemplado en nuestra ley, que requiere el perjuicio o su posibilidad (en la tentativa). Por lo tanto, no existe la duplicidad, una vez que cese el antagonismo de las pretensiones¹⁰², consistente en la falta de ética¹⁰³, sancionada en el artículo 10, inciso 2º de la ley 23.187, creadora del Colegio Público de Abogados, precepto que incluye el asesoramiento que no menciona nuestro tipo.

El delito de prevaricato puede ser cometido en un proceso que tramite ante un órgano jurisdiccional, sea cual fuere la competencia o la jurisdicción que la ley le hubiere otorgado, civil o penal, etcétera¹⁰⁴, en cualquier instancia. Las partes son contrarias si los intereses lo son en esa causa.

Se encuentran fuera del tipo el puro asesoramiento, las consultas o consejos que se otorguen fuera del juicio¹⁰⁵, al igual que la mera redacción de escritos que el profesional no firmó.

La acción consiste en perjudicar deliberadamente el interés que le fue confiado en un juicio¹⁰⁶; de esa manera se consuma el ilícito penal previsto en el artículo 271.

Cabe destacar que en el Derecho Penal español son dos los modos de comisión del delito que se presentan en este tipo legal, la deslealtad de abogados y procuradores, frente a la administración de justicia, por un lado, y frente a sus clientes, por otro.

La primera situación es cuando sólo son punibles en la medida en que afecten a su función dentro de la administración de justicia como depositarios de determinados documentos (daría lugar al delito de infidelidad en la custodia de documentos) o conocedores de hechos de-clarados secretos por la autoridad judicial.

Respecto del segundo supuesto, cuando el profesional defiende o

¹⁰² FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 382.

¹⁰³ CARRERA, Daniel, *Defraudación por infidelidad o abuso*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 34; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 172.

¹⁰⁴ CNCCorT, L. L. 1994-D-385 o J. A. 1995-II, sint., o D. J. 1994-2-1133 o J. P. B. A. 86-10-42.

¹⁰⁵ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 450; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 382; CARRARA, ob. cit., p. 2606; NÚÑEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 153; SOLER, ob. cit., ps. 282 y 283.

¹⁰⁶ CREUS, *Delitos...*, cit., p. 454.

represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios. Requiere el consentimiento de la parte contraria para asesorar a la otra cuando ya no asiste más a la primera.

En cuanto al apartado segundo, prevé la situación en la cual se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados. Prevé la punición de los hechos realizados por imprudencia grave. Una forma de perjuicio para el cliente puede ser la revelación de hechos de carácter secreto, que éste no consentía que se conocieran, aunque su divulgación pudiera beneficiarle jurídicamente.

Dicha revelación del secreto puede redundar en beneficio del cliente y estar justificada por un estado de necesidad; así no se daría el elemento del perjuicio. Aun en ese caso hay que tener en cuenta que el abogado o procurador está vinculado a las instrucciones de su cliente y que éste es el que debe decidir qué es lo que lo beneficia o lo perjudica. Cabe agregar que en estos casos existe la correspondiente responsabilidad corporativa ante el Colegio Público de Abogados o Procuradores por la falta de ética profesional.

5. *El tipo subjetivo*

Es un delito doloso que exige un dolo directo porque es preciso querer perjudicar el interés confiado. No es suficiente la simple aceptación del perjuicio que se puede causar, es decir, el potencial. Así, se debe querer causarlo, hay que preordenarlo¹⁰⁷, se debe obrar deliberadamente. Existen otras legislaciones que admiten la forma culposa: "con negligencia o ignorancia inexcusables"¹⁰⁸.

Se entiende que es admisible la tentativa¹⁰⁹.

6. *El perjuicio*

El perjuicio tiene su génesis en la acción u omisión en la que el profesional incurre de manera deliberada.

¹⁰⁷ Cám. Acus. de Córdoba, L. L. Córdoba 1986-906.

¹⁰⁸ QUINTANO RIPOLLES, ob. cit., p. 572; QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1286, comentando el art. 447 del actual Código español.

¹⁰⁹ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 383, con cita de Manzini; NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 154; CREUS, *Delitos...* cit., p. 452.

Cuando no se produce el perjuicio, a pesar de la acción u omisión del profesional, por motivo ajeno a él (tal como la nulidad de lo actuado o que el interesado repare por sí la omisión), queda en grado de conato. Por otra parte, corresponde aclarar que la conformidad del interesado con la actividad de los profesionales que lo representan o patrocinan, de no mediar actividad que vicie su voluntad, al demostrar la inexistencia de perjuicio, hace imposible el prevaricato¹¹⁰.

Es un delito de resultado y el tipo requiere perjuicio efectivo; ello implica una evidente diferencia con la mayor parte de los delitos contra la administración, con el mismo tipo que debería ser básico, o sea, el prevaricato del juez. En ellos se sanciona la mera conducta funcional infiel o desleal por razón del peligro que ella representa en sí¹¹¹.

En síntesis, se trata de cualquier pérdida de posibilidad procesal que termine en un menoscabo del interés de las partes que se puede traducir en la pérdida definitiva de la causa¹¹². El juicio debe ser contradictorio, debe existir un adversario que se beneficie con la gestión u omisión destinada a perjudicar a aquel cuyo interés está a cargo del profesional¹¹³.

El Código Penal español en los artículos 465 a 467 tipifica determinados comportamientos denominados "Deslealtad profesional" de abogados y procuradores en el ejercicio de sus profesiones, tanto frente a la administración de justicia como frente a sus clientes. Son delitos especiales en los que los sujetos que los cometen no sólo deben contener la calidad de abogados o procuradores sino que deben estar inscritos en el correspondiente colegio profesional¹¹⁴.

De ese modo se llevó a cabo una reubicación de algunos delitos incluidos en el Título VII del Código Penal español anterior mediante

¹¹⁰ CNCCor, J. P. B. A. 112-18-51, J. A. 1966-II-200.

¹¹¹ CREUS, *Delitos...* cit., p. 452.

¹¹² DONNA, ob. cit., p. 422.

¹¹³ NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., p. 152; CREUS, *Delitos...* cit., p. 449. El daño

debe referirse al interés que defiende el profesional, no se alude al de cualquier otro. Puede ser de cualquier naturaleza: patrimonial, moral, religioso, etc., pero resulta indiferente que otra de las partes sea perjudicada o beneficiada o que deje de serlo (CNCCor, L. L. 1991-D-137, con nota de D'Albora, o J. P. B. A. 73-55-1370).

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, Tiranti lo Blanch, Valencia, p. 808.

la exclusiva inclusión de modalidades delictivas cuyo común denominador es la afectación a la función pública. Así, entre los delitos que habían formado parte del Título VII que han sido trasladados a otros títulos del Código Penal de 1995 se encuentra la prevaricación de abogados y procuradores¹¹⁵.

Cabe agregar que el artículo 272 del Código Penal argentino remite al artículo 271 del mismo cuerpo de leyes y se limita a incluir como posibles autores a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. Muchos autores tratan en forma conjunta ambos preceptos¹¹⁶, con lo que ponen de manifiesto la inutilidad del artículo 272.

La idea que caracteriza al prevaricato en todos sus extremos, y que permite dar conclusión a estas consideraciones, es aquella que considera que "Prevaricar llaman los latinos a una manera especial de andar que tienen las personas cuyos huesos de las piernas son largos y al mismo tiempo torcidos; de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo ya al lado derecho mientras avanzan. Prevaricar significa caminar torcido, inclinándose a uno u otro lado"¹¹⁷.

Entiendo que sobre la base de ese postulado debe analizarse la presencia de la figura penal de la prevaricación.

¹¹⁵ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1128.
¹¹⁶ NÚÑEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 154; SOLER, ob. cit., p. 281; MOLINARIO, ob. cit., p. 408.
¹¹⁷ Ulpiano, citado en MOLINARIO, Alfredo, *Derecho Penal, segundo curso*, La Plata, 1943, p. 354, cit. por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 373.

EL ARTÍCULO 270 DEL CÓDIGO PENAL: ¿PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL O LA HISTORIA DEL DELITO QUE QUISO Y NO PUDO SER?

por NICOLÁS AMOROSO

SUMARIO: § 1. Introducción y planteo de problemas. § 2. Bien jurídico lesionado: su ubicación sistemática. § 3. Delimitación del tipo objetivo. 3.1. Elemento objetivo formal común a las dos acciones típicas. 3.1.a) "Prisión preventiva" como elemento normativo del tipo objetivo. 3.2. Acción típica comisiva: "decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda". 3.3. De la comisión por omisión: "...prolongare la prisión preventiva que, computada en forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado..." § 4. Acerca del tipo subjetivo. § 5. El problema del monto punitivo. Conclusiones. § 6. Bibliografía consultada.

§ 1. Introducción y planteo de problemas

El delito en cuestión tiende a proteger la recta administración de justicia cuando la aplicación injusta o torcida de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana sino al abuso de los poderes de los magistrados a la hora de decretar o prolongar el encierro preventivo; es decir, allí donde se trata de un hecho imputable no al sistema, sino al propio juez.

Prevaricato por prisión preventiva es una de las denominaciones que proponen algunos autores¹ por ajustarse dicho nombre a la ubi-

¹ NAVARRO, Guillermo, *Prevaricato del juez y del abogado, denegación y retardo de justicia*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 51.

cación que le asignó el codificador del '21 dentro del Capítulo X del Código Penal, basándose en el Proyecto de Código de 1906; otra es la de *prevaricato de los jueces del crimen*, definición que quizás pierda de vista que la figura en estudio también puede resultar un delito que afecte el bien jurídico libertad, más que el bien jurídico "administración de justicia". La clásica denominación, la aceptada por la mayoría de la doctrina, es la de *prisión preventiva ilegal*, y ésta es justamente la piedra angular desde donde pretendo partir con los cuestionamientos.

Así entonces, y más allá del nombre con el cual se pretenda individualizar la figura en cuestión, lo cierto es que tanto por su ubicación sistemática, por el monto punitivo que le acordara el legislador, como por las características particulares de las dos acciones que contiene, corresponde preguntarse si resulta posible subsumir en sendas descripciones típicas el dictado de prisiones preventivas manifestadamente im-procedentes, como también aquellos supuestos de prolongación arbi-

traria de tales medidas cautelares.

En otras palabras, resulta factible que los tipos penales en crisis configuren el sustrato aplicable para las denominadas "hipótesis de prisiones preventivas ilegales" o, por el contrario, vamos a encontrarlos ante verdaderos hologramas jurídicos que contiene la figura, en tanto siempre quedarán subsumidos en otros tipos con conminaciones punitivas mucho más importantes, dado el escaso margen que presenta de la sanción en cuestión.

Por otro lado, no puede soslayarse el debate que, en la doctrina nacional, se ha suscitado en torno al tipo subjetivo del delito en estudio, en tanto un sector importante ha sindicado que se trata de tipos imprudentes, mientras que otra buena parte de los autores niega rotundamente dicha posibilidad, incluso la posibilidad de dolo eventual. En definitiva, lo que propicio con estas palabras es justamente destacar los diversos interrogantes que aparecen en torno a los delitos del artículo 270 del Código Penal. Sin que ello conlleve el afán de aventurar una sola respuesta—univoca y adecuada—para la interpretación de dichos extremos.

² Citada por DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. III, 2000, p. 422.

§ 2. Bien jurídico lesionado: su ubicación sistemática

Dicen Molinaro y Aguirre Obarrio³ que acá están en juego dos bienes jurídicos. El primero de ellos es la administración de justicia, y el segundo, la libertad de la persona, de manera tal que no hay duda de que, en estos casos, la víctima podría constituirse como parte que-

Se dice que estos delitos son contra la administración de justicia⁴ porque son cometidos por los protagonistas del Poder Judicial abusando de las garantías que les otorga la Constitución: en la prevaricación se tuerce el Derecho por parte de quienes están sometidos únicamente al imperio de la ley. En este sentido, puede estimarse que bienes jurídicos de las conductas de prevaricación guardan una conexión directa con la administración de justicia, pudiéndose citar concretamente como *el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional*⁵.

Por su parte, explicaba Moreno (h)⁶ que "...la ley número 4189 sacó el precepto del capítulo en que se prevenían los delitos contra la libertad y lo incorporó al inciso 4º del artículo 26, entre los demás casos de prevaricato. El proyecto de 1906 siguió ese último camino y de ahí la disposición del Código vigente..."; con lo cual se reconfirma la presencia—hasta histórica—de otro bien jurídico en juego: *la libertad de la persona*.

Vale entonces destacar que desde "...el punto de vista político social—tal como afirma Muñoz Conde—la libertad como objeto de protección tiene un carácter político, frente a la actividad del Estado materializada en las actuaciones de un funcionario que en el ejercicio de su cargo puede conculcar la libertad..."⁷ Y ello es así por cuanto en el tipo

³ Citados por DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 423.

⁴ El bien jurídico protegido es la administración de justicia, porque las conductas que se castigan afectan a lo que constituye el núcleo central de la función jurisdiccional en su contenido más estricto, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. GONZÁLEZ RUS, Juan José, cit. por DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 415.

⁵ CANCIO MELIA, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, ps. 1174, 1175.

⁶ MORENO (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Tommasi, Buenos Aires, 1923, t. VI, p. 284.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, p. 135, citado por DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II-A, 2001.

penal en estudio aparecen muchas aristas que, a la postre y dado su relación con los delitos de funcionarios públicos contenidos en el título de los delitos contra la libertad, demostrarán la virtualidad o no de su aplicación.

Así pues, si bien esta doble influencia de valores —libertad, administración de justicia— resulta insoslayable, también aparece claro que el monto punitivo y la ubicación sistemática de la norma abren muchos interrogantes sobre las formas de afectación de dichos bienes y también sobre la importancia que reconoció el legislador en la conformación de esta figura como *factum* de protección de los estados valiosos referidos; circunstancia ésta que, espero, buscaré dejar expuesta con el análisis del tipo objetivo.

§ 3. Delimitación del tipo objetivo

El tipo objetivo de la figura en estudio se divide en dos conductas bien diferenciadas: por un lado, consiste en *decretar prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda y, por el otro, en prolongar la prisión preventiva decretada más allá del tiempo que correspondería a la pena máxima del delito imputado*; lo cual vuelve imperativo un análisis individual y pormenorizado de cada una de las hipótesis delictivas.

3.1. Elemento objetivo formal común a las dos acciones típicas

Con este enunciado se busca individualizar aquel presupuesto material que, formando parte del tipo objetivo, resulta común y delimita la conducta descrita en las dos acciones que contiene el supuesto de hecho.

3.1.a) "Prisión preventiva" como elemento

normativo del tipo objetivo

Decía Rodolfo Moreno (h) que "...la prisión preventiva, como se ha dicho en otro lugar correspondiente, equivale a una precaución que se toma contra el que ha cometido un hecho calificado de delito cuando

existe semiplena prueba de que es el autor de una infracción..."; con punitiva que, años después, encenderían la tensión entre la coerción material y la llamada "coerción procesal".

La prisión preventiva es la injerencia más intensa que puede sufrir un individuo cuya culpabilidad no ha sido demostrada, y que, por lo tanto, debe recibir trato de inocente (art. 18, Const. Nac.). Pero al igual que toda injerencia estatal, para estar constitucionalmente justificada debe existir cierta relación entre las consecuencias de las medidas que se adopta y los objetivos que con ello se propone; esto implica la adecuación al fin, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida¹⁰. Desde el punto de vista de la necesidad, la prisión preventiva sólo es admisible cuando aparece como el medio menos lesivo entre todos los medios adecuados que entran en consideración; *sólo es legítima como ultima ratio*¹¹.

En nuestro sistema, si bien es verdad que se encuentran escindidas las fuentes de producción de la legislación penal y la procesal penal, lo cierto es que dicho principio no demuestra un límite absoluto. La Constitución Nacional no expresa que la única fuente de la ley procesal sean las legislaturas provinciales; su competencia surge de la general

⁸ MORENO, ob. cit., p. 285.

⁹ Esta última, si bien importa la aplicación de la fuerza pública —en tanto coarta libertades reconocidas por el orden jurídico—, su finalidad no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber —excluyéndose así los fines preventivos inmediatos—, sino en el resguardo del objeto del proceso (peligro de fuga del imputado o peligro que obstaculice la averiguación de la verdad). MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 517.

¹⁰ DEGENHART, Cristoph, *Staatsrecht I*, 7ª ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1991, ps. 141 y ss., citado por ZIFFER, Patricia, *Acercas de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo*, en L. L. 2000-C-611.

¹¹ La prohibición de exceso es un principio básico dentro de todo Estado de Derecho (conf. jurisprud. del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 23133). La posibilidad de discutir la procedencia de la excarcelación, por lo tanto, no se relaciona con una supuesta concesión al derecho de defensa, sino que se vincula con la legitimidad misma de la prisión preventiva, lo cual encarna y demuestra el verdadero dilema de garantías constitucionales en juego.

reserva de las facultades no delegadas. No puede desconocerse entonces que, por ejemplo, el gobierno nacional celebra tratados internacionales que abarcan materia procesal, como los de Montevideo y varias convenciones de derechos humanos¹².

Así pues, queda claro que en la normativa internacional de derechos humanos existen previsiones sobre la privación de libertad durante el proceso, y que la prisión preventiva solamente es admisible de modo excepcional con fines muy precisos: *evitar que el imputado obstruya el trámite del proceso, o no comparezca a juicio o incumpla sus obligaciones; pero de ningún modo debe guardar relación con la indole o la gravedad del delito acusado, porque para eso existe la ley penal*.

El punto de partida, entonces, resulta tan simple como evidente: *el Derecho Procesal Penal no es otra cosa que el Derecho Constitucional aplicado al proceso penal, y sobre los parámetros de proporcionalidad constitucional cobra vigencia la aplicabilidad de la prisión preventiva* (incluso en casos en que, dada la normativa procesal en juego, dicha medida aparecería como adecuada y necesaria al vincularse con la expectativa de la pena a aplicar)¹³.

El bloque de constitucionalidad legal admite de manera excepcional

¹² Comparto, tal como lo referencian Rauli E. Zaffaroni, A. Alagia y A. Siskar (*Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 166), que existen asimetrías en el sistema federal argentino dado el origen de la descentralización que se presenta distinto que el norteamericano, y que no se puede pretender—sobre la base del principio constitucional de igualdad—hacer las veces de trampolín para armonizar las legislaciones procesales de la República.

¹³ Así el máximo tribunal ha sostenido que la prisión preventiva no puede constituir la regla general, pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación al principio de inocencia (ver *Fallos*: 312:3630). También ha dicho que la privación de libertad durante el proceso penal funciona como una medida de seguridad y no debe extenderse más allá de lo necesario (320:1201). En el mismo voto y siguiendo los términos de la recomendación al Estado argentino efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso núm. 11.245, se sostuvo que la presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada, dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legitimamente se impone a los que han sido condenados (del voto del Dr. Bossert).

("...la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...", reza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3, de nivel constitucional—art. 75, inc. 22, Const. Nac.—) privar al imputado de su libertad durante el proceso, sólo y cuando sea absolutamente indispensable—es decir no sustituible por ninguna medida de similar eficacia pero menos gravosa—para asegurar alguna medida de investigación y la actuación de la ley penal; legitimándola únicamente como *medida cautelar no punitiva* de estos fines del proceso¹⁴.

Se procura así superar la tacha de inconstitucionalidad que algunos autores formulan contra la prisión preventiva¹⁵, pues el argumento precedente permite descartar que pueda tener como fin explícito o escondido ser una pena anticipada¹⁶, o una medida de seguridad contra la peligrosidad criminal, porque si así fuera se vulneraría el principio de inocencia (art. 18 de la Const. Nac., implícitamente la Declaración Universal de Derechos del Hombre, art. 11, 1º; la Convención Ame-

¹⁴ "...Vista la cuestión desde lo jurídico, hay que afirmar que las limitaciones al ejercicio de los derechos personales y patrimoniales, tanto del imputado, como de terceras personas que se imponen durante el transcurso de un proceso penal sólo tienen como fin garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento y la prueba de la verdad de la imputación y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto..." (del voto del Dr. Donna, c. 21.143, "Barbará, Rodrigo Ruy s/Exención de prisión", CNCCor., sala I, 10-11-2003).

¹⁵ "...Desde el lado de las teorías procesalistas, en general se argumenta con remisión al proceso civil, para identificar la prisión preventiva con las medidas cautelares de ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo que pasa por alto la diferencia entre limitación patrimonial y pérdida de libertad, olvidando que la primera es recuperable o reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible (sin contar con los otros males que acarrea la prisionización) [...] Una de las tesis preferidas es que no existe presunción de inocencia sino un mero estado de inocencia. En rigor, se trata de demostrar que si la persona está presa no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no lo estaría. Es un razonamiento circular: se parte de un dato de la realidad para legitimar otro dato. Otra tesis trata de explicarla con fundamento en la prohibición del proceso en ausencia; es un razonamiento que convierte una garantía en fundamento para la violación de un principio de superior jerarquía: la prohibición del proceso en contumacia refuerza el principio de inocencia y no puede legitimar su violación..." (ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 168).

¹⁶ CSJN, 22-12-98, "Napoli, Erika E. y otros", L. L. 1999-B-662.

ricana sobre Derechos Humanos¹⁷, art. 8, 2º, ambas de nivel constitucional –art. 75, inc. 22, Const. Nac.–¹⁸.

No es el objeto del presente trabajo ensayar una fuente de legitimación discursiva sobre la prisión preventiva –pretender ello sería como emprender la búsqueda del vellocino de oro en el infierno de Dante–; muy por el contrario, y si bien advierto –tal como lo dice Zaffaroni¹⁹– que se trata de un problema crucial del saber penal donde *ninguna racionalización ha podido evitar sus consecuencias*, en el “*mientras tanto*” prefiero afianzarme en los llamados “criterios de derechos humanos procesales” –en tanto importan una resistencia frente a la cultura jurídica autoritaria²⁰ que concibe al encarcelamiento preventivo como un gesto punitivo ejemplar e inmediato, fundado en la mera sospecha o en un sistema de presunciones legales sobre las escalas punitivas a aplicar, todos ellos incompatibles con la Constitución Nacional²¹–, ya que buscan mitigar (desde las garantías) algunos de los efectos más deletéreos de este acto de poder.

¹⁷ “...la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva...” (CIDH, “Suárez Rosero”, del 12-11-97).

¹⁸ CAFFERRATA NORES, J. y FRASCAROLI, M., *La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?*, en LexisNexis J. A. del 19-5-2004.

¹⁹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 168.

²⁰ De ahí que la Constitución y las leyes permitan el arresto y la prisión del sospechoso, entendiéndolo por tal aquel que carece de sentencia condenatoria firme. Arresto que sólo puede ser realizado por la autoridad judicial para evitar los peligros que se ciernen sobre el juicio previo. Los tratados internacionales son expresos sobre este punto: el art. 9.3, PIDCP, “El encarcelamiento durante el proceso tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” (véase el art. 91 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) (del voto del Dr. Donna, c. 21.143, “Barbarrá, Rodrigo Ruy s/Exención de prisión”, CNCCor., sala I, 10-11-2003).

²¹ “...En este sentido, las leyes procesales penales sólo vienen a reglamentar la Constitución Nacional, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a la libertad de la persona, dentro de ese marco normativo, ya que de lo contrario, esas normas procesales serían inconstitucionales (véanse los arts. 71, CADH; art. 91, DUDH; art. XXV, DADDP y art. 91, PIDCP). Por eso la interpretación de las normas procesales, en este ámbito debe ser restrictiva, prohibiéndose la analogía en contra del imputado. Esta cuestión no ha sido vista, por ejemplo, en otros ámbitos, cuando se aplica analógicamente el art. 348, CPPN en la mal llamada consulta, no prevista

Así pues, este principio general y constitucional de que la prisión preventiva no puede ser una pena sino una medida excepcional de precaución para asegurar aquellos fines del proceso ha fluctuado —y se balancea pendularmente— en el ordenamiento positivo procesal de las provincias y de la Nación. Tal interrogante se puede responder de dos modos:

1. O bien el ordenamiento adjetivo permite al juzgador resolver libremente desde los parámetros constitucionales que encorsetan el instituto a fin de asegurar, como explica Roxin²², tres objetivos posibles de su aplicabilidad: para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; para garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la investigación penal; para asegurar la ejecución penal; sin pretender, por ende, otros fines; o

2. La ley procesal será la encargada, al establecer (en realidad presupone) que frente a cierta gravedad de escala penal conminada respecto del delito imputado, o frente al modo (condicional) de su cumplimiento, el acusado va a preferir someterse a proceso antes que intentar fugarse o entorpecer la investigación, y, correlativamente, presumiendo que frente a una escala penal más severa o la posibilidad de cumplimiento efectivo de la sanción el imputado va a pretender fugarse o entorpecer la investigación, lo que autoriza la privación de libertad (juicio presuntivo normativo).

Esta última respuesta es la que han adoptado positivamente numerosos ordenamientos procesales cuando, por un lado, enarbolan en la parte general de los códigos procesales las garantías propias del bloque de constitucionalidad legal, y por el otro —en tanto adquiriera relevancia una coyuntura político-criminal de la alarma social junto a discursos demagógicos de prisionización masiva y de tolerancia cero en el escenario jurídico—, endurecen las normas de excarcelación que pasan a operar sobre la base de presunciones legales de preexistencia de riesgo

por el ordenamiento procesal...” (del voto del Dr. Donna, c. 21.143, “Barbará, Rodrigo Ruy s/Exención de prisión”, CNCCorr, sala I, 10-11-2003).

²² ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 29.

Se obliga entonces al juez desde la norma procesal a realizar un pronóstico punitivo hipotético consistente en una predicción provisoria de pena efectiva a recaer en el caso, como correspondencia entre la prisión preventiva y el delito—algo similar a lo que, en principio, parecería requerir el tipo penal en estudio cuando habla de "...prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda..."—, presumiendo (casi *iuris et de iure*) la existencia de peligros procesales ante posibles sanciones con escalas elevadas²³.

23 Las normas sobre excarcelación deben ser consideradas como un plexo de presunciones legales sobre la existencia de un riesgo procesal, que sólo puede operar *in iuris tantum*; SOLIMINE, Marcelo, *Tratado sobre las causas de excarcelación y prisión preventiva en el CPPN*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 27 y ss. Ahora bien, aun cuando se admita que el carácter de la presunción es el de *in iuris tantum*, hay que aclarar que, a nuestro parecer, la producción de esta prueba en contrario no podrá serle impuesta al acusado como condición de su libertad: siempre deberá ser el órgano jurisdiccional quien deberá fundamentar por qué esa presunción de elusión del accionar de justicia es aplicable al caso concreto. CAPPERRATA NORES y FRAS-CAROLI, ob. cit., p. 36.

24 En interpretación análoga, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dijo que el peligro de fuga no puede ser inferido únicamente a partir de la gravedad de la pena esperable. En ZIFFER, *Acercas de la invalidez...* cit., p. 614.

25 Permitir que un análisis sobre bases inciertas justifique el encarcelamiento preventivo no sólo viola los principios de inocencia y defensa en juicio, sino que diluye

En este sentido, tomo partido por la imposibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado en tanto sólo tengan que ver con las escalas penales; contrariamente a como el codificador lo ha expresado de manera terminante en el artículo 316 del CPPN—expresión sin duda del origen de este Código Procesal—y en la ley 12.405 que modifica el régimen de excarcelación en el CPP de la Provincia de Buenos Aires²⁶. Si se quiere entender estos Códigos de manera armónica con las convenciones de derechos humanos, debe aceptarse la inconstitucionalidad cuando lo resultante de dichas normas sea interpretado como presunciones *iuris et de iure*, o, en su defecto, cuando interpretándolas *iuris tantum*, se le exija la carga de la prueba al justiciable²⁷.

el programa político-criminal que pretende implementar el legislador al introducir la suspensión condicional de las penas privativas de libertad. Ver en ZIFFER, *Acercas de la invalidez...* cit., p. 617.

²⁶ Sobre el punto ver DONNA, Edgardo A.; DE LA FUENTE, Javier E. y PINA, Roxana G., *La inconstitucionalidad de la ley de excarcelación de la Provincia de Buenos Aires*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-2, *Garantías constitucionales y nulidades procesales* – II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

²⁷ "...En síntesis, la prisión preventiva sólo se ha de imponer cuando exista peligro de la frustración del proceso.

"En esa dirección fue interpretado por el Sr. Juez de grado el art. 316 del CPPN, por lo cual deviene inconstitucional su aplicación al caso concreto, toda vez que impuso la prisión preventiva del imputado sustentando su decisión exclusivamente en la calificación de los hechos que le fueron atribuidos al nombrado, los que a su criterio, impiden que el imputado transite el proceso en libertad.

"De acuerdo con lo hasta acá visto no tengo dudas de que la manera correcta de interpretar la cuestión tiene como base la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos. De modo que el dictado de la prisión preventiva, única forma que un juez puede detener a una persona durante el proceso, pasado los primeros momentos de la investigación, tiene como base a la primera parte del art. 312, CPPN. También al art. 319. Queda en duda el inciso primero, ya que exige hacer un juicio por adelantado sobre la punibilidad, y por ende, sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del imputado, que suena a prematura, ya que nos encontramos en la parte preparatoria del proceso y lejos, por decirlo así, del verdadero juicio que es el debate.

"Por eso sólo queda en juego, en realidad el art. 312, primera parte y 2° inciso y el art. 319, CPPN que son los únicos compatibles con la Constitución, siempre que se entienda al segundo de ellos, de manera tal que la pauta debe ser objetiva, de acuerdo a los criterios antes expuestos, y no sólo dictados por la íntima convicción del juez.

"De resultas de lo expuesto entiendo que no es de aplicación el art. 316, CPPN,

Ahora bien, toda esta problemática antes referenciada: ¿qué incidencia tiene sobre el análisis de la figura en discusión?

En primer lugar, no se puede soslayar que cuando la norma habla de prisión preventiva nos coloca frente a un elemento del tipo objetivo esencialmente normativo, cuyos ribetes, al interesar leyes que pertenecen a los distintos ordenamientos procesales –y que se limitan desde principios constitucionales receptados y convenidos internacionalmente por el Estado–, importan juicios de valor referenciales (remisiones jurídicas externas).

Suele considerarse, con razón, que los elementos normativos implican un riesgo para la seguridad jurídica²⁸, y quizás el punto a elucidar –atento a la problemática del instituto antes descripta– es si estamos ante un elemento rígido –es decir de fácil precisión²⁹–, un elemento elástico –donde prevalecen supuestos normativos extrajurídicos³⁰–, o si se trata de un elemento vago o indeterminado³¹.

Creo que, en principio, nos encontramos frente a un elemento normativo elástico o en blanco, dado que remite indefectiblemente a la normativa procesal del Estado provincial o de la Nación, según donde se ubique el supuesto de hecho en crisis. Por supuesto que tal

por estar en contra de lo normado por la Constitución Nacional, debiendo en el caso

regirse por el art. 319, CPPN. En consecuencia de todo lo expuesto, corresponde

declarar la inconstitucionalidad de la interpretación del art. 316 del CPPN, revocándose

la resolución apelada y la prisión preventiva dispuesta en los autos principales...” (del

voto del Dr. Donna, c. 21.143, “Barbara, Rodrigo Ruy s/Exención de prisión”,

CNCCor, sala I, 10-11-2003).

²⁸ CERREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, t. II,

Teoría jurídica del delito, 6ª ed., reimp., Tecnos, Madrid, 2004, p. 118.

²⁹ Es en realidad el clásico elemento descriptivo, pero no se puede dudar de que

desde que Mayer identificó esta distinción existe una progresiva normativización

que hace ver en esta clasificación sólo una pretensión académica. Ver MAURACH,

Reinhardt; ZIPF, Heinz y GÖSSEL, Karl-Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, De-

palma, Buenos Aires, t. I, p. 367, § 21, 57.

³⁰ Son, según ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 463, con cita a

PUPPE, en *Nomos Comentar zum StGB*, elementos en blanco, dado que son los pro-

venientes de otras leyes.

³¹ Son los auténticamente normativos o valorativos –*gesamtlichbewertenden Mer-*

male–, por aplicación de normas no escritas pero reconocidas socialmente, y pueden

referirse a una característica en particular o a la totalidad. ZAFFARONI, ALAGIA y

SLOKAR, ob. cit., p. 463, con cita a PUPPE, en *Nomos Comentar zum StGB*.

circunstancia no constituye la mejor técnica legislativa; no obstante ello, entiendo que admite un tolerable manto de constitucionalidad, dado que el reenvío—más allá de que sea externo—no vulnera ninguno de los principios limitativos a que hace referencia el principio constitucional de legalidad (estricta legalidad, proscripción de analogía, retroactividad, máxima taxatividad, etc.)³².

Por último, resta por analizar si podemos identificar—a partir de este elemento normativo—algún elemento de valoración global o total (*gesamtwertenden Merkmal*)³³ que pueda influir a la hora de los tipos de error.

Sobre el punto, resulta interesante poner de relieve, no precisamente el núcleo “prisión preventiva”, sino la composición completa de la primera de las acciones típicas, en tanto habla del juez que decretare prisión preventiva *por delito en virtud del cual no proceda*. Y ello aparece significativo toda vez que las cuestiones de impropiedad de la prisión preventiva respecto de los delitos—tal como surge de todo lo antedicho—devienen harto conflictivas. Sólo es posible definir de primera mano—y de manera negativa—que no procede prisión preventiva en aquellos delitos que no son conminados con penas privativas de libertad.

Por lo demás, cabe preguntarse si el extremo típico en estudio—tanto importa la “impropiedad” de la medida cautelar respecto de un delito—admite la posibilidad de los dudosos casos de error en el elemento normativo como un supuesto de error de tipo³⁴ o error de

³² Arts. 18, 19 y 75, inc. 22 de la Const. Nac.

³³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 463, con cita a PUPPE, en *Nomos Comentar zum StGB*.

³⁴ En primer término debe examinarse si el autor ha aprehendido el contenido de sentido social del referido elemento y en modo alguno debe exigirse la correcta subsumción en la ley, dado que ésta es una tarea exclusivamente jurídica. La problemática del error sólo asoma si el autor no aprehende el contenido de sentido social del correspondiente elemento normativo. Aquí básicamente tenemos un error de tipo. Por excepción, semejante error puede ser tratado como error de prohibición, cuando el autor haya conocido todos los hechos relevantes para la subsumción y sólo debido a una equivocada valoración jurídica no haya logrado el necesario conocimiento de la significación de la circunstancia y, por ello, desconoció de la materia del ilícito, es decir, cuando haya estrechado el verdadero ámbito normativo (MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, ob. cit., t. I, p. 662, § 21, 57).

prohibición; por cuanto—en primer lugar—debe analizarse si se puede hablar de una valoración en la esfera del lego respecto de la valoración defectuosa jurídica cuando el sujeto activo es, sin dudas, perito en leyes, y en segundo lugar, debe tomarse partido de que ambos presupuestos—error de tipo³⁵ y error de prohibición—son posibles, dependiendo—en cada caso—de dónde se ponga el acento³⁶.

3.2. Acción típica comisiva: "decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda"

Para analizar el alcance de la disposición y las condiciones de factibilidad y de realización que presenta el tipo objetivo en estudio resulta ilustrativo emprender un recorrido hermenéutico-dogmático sobre el origen de la norma.

Así pues, el Proyecto de 1891 en el inciso 9º del artículo 171 decía: "...el juez que decretare prisión preventiva por delito a que no correspondía pena corpora³⁷, o que prolongare la prisión preventiva, que, computada según el artículo 45, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado..."³⁸

"...Y en la Exposición de Motivos, fundamentándolo, dijo: En el inciso 9º del citado artículo 171, hemos establecido la misma pena para el juez que decretare prisión preventiva que, computada según el artículo 45, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito que se le imputa. Tiene por objeto esta disposición reprimir injusticias harto frecuentes en los tribunales argentinos. La simple detención acordada durante las primeras investi-

³⁵ Weizel opinaba—en tesis minoritaria—que estos elementos, aunque mencionados en el tipo penal, son elementos del deber jurídico y, por tanto, de la antijuridicidad, por lo que cualquier error sobre ellos debe considerarse como error de prohibición. Claro que ello significaba tanto como tener que admitir la existencia de tipos abiertos porque hay que tomar un elemento de la antijuridicidad; citado por MUÑOZ CONDE, Francisco, *Error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch Alternativa, 1989, p. 61. En nuestro tipo del art. 270 del Cód. Pen., donde ya se tratan elementos normativos en blanco, esta tesis ampliaría aún más la brecha.

³⁶ BACIGALUPO, citado por MUÑOZ CONDE, *Error en Derecho Penal* cit., p. 63.

³⁷ La cursiva me pertenece.

³⁸ MORENO, ob. cit., p. 284.

gaciones de un delito, se convierte con demasiada facilidad en prisión preventiva, y, una vez el procesado en la cárcel, su vuelta a la libertad queda indefinidamente aplazada. Con la enmienda que introducimos cesará ese estado de cosas y no ocurrirá ya, como ha ocurrido, que los procesados por delitos que merezcan un mes de arresto, permanezcan preventivamente detenidos durante tres o cuatro años, sin más motivo que el de no haberse dictado sentencia firme...³⁹

Si bien es cierto que a primera vista se observa que los motivos expuestos se encaminaban a sustentar sólo la segunda de las conductas típicas —la omisión, en tanto prolonga la prisión preventiva más allá de la purgación de la misma, previo cómputo legal—, lo destacable para el extremo que ahora nos ocupa no es justamente la motivación, sino el propio texto legal antes referenciado.

En dicha descripción se hace expresa mención a *la pena corporal*, calificativo éste que resulta orientador a la hora de individualizar los presupuestos y alcances comisivos del tipo penal en crisis.

La evolución legislativa del artículo 5º del Código Penal nos muestra que ya el Proyecto Tejedor —más allá de la notable amplitud respecto de las clases de penas con el codificador del '21— contaba en primer lugar con las *penas corporales* dentro de los tres grupos de sanciones en los que dividía el espectro punitivo, y entre ellas se destacaban las penas de: muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto.

Esto parece significar que —y más allá de contar hoy con un catálogo menos extenso que en aquel entonces— las penas corporales comportaban como baremo de mínima una pena privativa de libertad, hasta llegar a la pena capital.

Así las cosas, "...está claro que no se puede dictar prisión preventiva en aquellos casos de delitos que sólo tengan pena de multa o inhabilitación..."; dice el profesor Donna⁴⁰, y ello, en principio, no sólo resulta lógico desde la letra misma del artículo en cuestión, sino también —y tal como vimos— desde la historia positivo-normativa de la figura⁴¹.

³⁹ MORENO, ob. cit., p. 284.

⁴⁰ DONNA, ob. cit., t. III, p. 424.

⁴¹ Conforme a los casos registrados en la colección de Fallos de la CSJN (7:368,

Ahora bien, según seguido explica Donna que "...se cometería el delito cuando no se respetasen los artículos antes citados y los análogos de los códigos procesales locales...", y todo ello en clara referencia a un pormenorizado análisis de los artículos 306, 312 y 319 del CPPN que prelude las transcripciones afirmaciones⁴². De dicha inteligencia, tengo para mí que se abren dos posibilidades⁴³ (de menor a mayor), a saber:

a) Que estemos ante un caso donde corresponda una pena privativa de libertad que permita aplicar la condena de ejecución condicional, pero concurre alguno de los supuestos contemplados en el artículo 319 del CPPN, es decir, que se constaten reales y efectivos peligros procesales;

54:352, 64:352), podrá corroborarse que la hipótesis no fue inexistente, que se privó de libertad a procesados por delitos cuya pena no era corporal. La doctrina plenaria "Masafarro" (CNCCor, Fallos Plenarios II-374 o Fallos III-377 o J. A. 26-349) permite sostener que la ley procesal nacional admitió el dictado de prisión preventiva aun respecto de delitos con pena de multa y también, considerar que con la vigencia de la ley 4189 se derogaba tácitamente esta preceptiva al acunarse este delito. Como surge de estos datos, la figura se corresponde con una conducta de algunos jueces totalmente carente de fundamento lógico, pues el encarcelamiento preventivo solamente se justifica cuando sea necesario asegurar el cumplimiento efectivo de pena corporal, así como de error del legislador al construir la ley procesal penal. Ver NAVARRO, ob. cit., p. 54.

42 "...En este sentido Molinario y Aguirre Obarrio sostienen que el actual Código de Procedimientos se ajusta más a lo que quería el codificador, ya que se requiere para poder dictar la prisión preventiva el auto de procesamiento. Y éste a su vez exige algunos extremos. En efecto el artículo 306 afirma que el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubieren elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquel es culpable como partícipe de éste. El Código exige, como se sabe, una indagatoria previa. La norma se completa con el artículo 312 cuando regula los extremos de la prisión preventiva, que son dos: cuando al delito o concurso de delitos corresponda pena privativa de libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. Segundo, en caso de que se permita la condena condicional si no precede la libertad provisoria de acuerdo al 319. Y el 319 del mismo cuerpo legal afirma que se denegará la ex-carcelación respetándose el principio de inocencia y el artículo segundo de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de la característica del hecho, la posibilidad de la declaración de reñuncia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones, hiciere presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones..." (ver DONNA, ob. cit., t. III, p. 424).

43 De lo expuesto en el acápite 3.º de la p. 54 se colige que Navarro no abraza decididamente las posibilidades que indica Donna. Conf. NAVARRO, ob. cit., p. 54.

b) Que se trate de un tipo penal o del concurso de delitos a los que corresponda una pena privativa de libertad, pero en este caso —y según el juicio hipotético de pronóstico punitiva— no proceda una pena de ejecución condicional.

Ambos supuestos potencian el paradigma ya planteado en este trabajo sobre la conflictiva correspondencia entre delito y prisión preventiva. Así las cosas, es factible individualizar tres posiciones posibles —de máxima, intermedia, de mínima— para determinar los alcances de la punición de esta primera acción típica del artículo 270 del Código Penal, a saber:

1. La primera, o *tesis de mínima*, entiende que se cometerá el tipo en cuestión cuando se decrete una prisión preventiva en casos de delitos que sólo tengan pena de multa o inhabilitación. Esta postura, no sólo resulta constitucionalmente la más acertada —en tanto habilita menor poder punitivo y respeta los principios de legalidad (dado que no amplía los límites de la descripción típica desde criterios de ilegitimidad analoga)⁴⁴—, sino que resulta alineada con la letra de los antecedentes legales inmediatos analizados ut supra.

2. La segunda, o *tesis intermedia*, parte del presupuesto de que para aquellos delitos que les pueda corresponder una pena de ejecución condicional (ya sea porque la escala penal así lo establece o porque el pronóstico hipotético de monto punitivo es estimable —tema que de por sí es cuestionable— lo permite) se haya cumplido con la interpretación de los parámetros fundaméntadores —recogidos por las normas procesales e impuestos por la Constitución Nacional— sobre la existencia de peligro procesal para el caso.

3. Por último, la *tesis de máxima* amplía la postura anterior sin la limitación de los delitos a los que pueda corresponder pena de ejecución condicional, ya que la medida cautelar no se impone por monto de pena en expectativa sino por la posible frustración de los fines del proceso; es decir, la procedencia de la prisión preventiva no se determina por el delito o por su monto punitivo elevado sino por la existencia de verdaderos peligros procesales.

⁴⁴ PERREYRA, Pablo, *Privación ilegal de la libertad y prisión preventiva*, inédito.

Entiendo que lo más recomendable es abrazar la tesis de mínima, por su historia y por su adecuación con el principio de legalidad constitucional.

Cabe preguntarse, por otro lado, cuando resulta impropio el dictado de una prisión preventiva para un delito, toda vez que, en puridad, dicha medida cautelar debe ser impuesta no por la magnitud punitiva de dicho "delito en cuestión" sino por la existencia de peligros procesales que frustren los fines de la pena.

Estas "improcedencias" o "no correspondencias" antes referidas constituyen conceptos indeterminados que deben ser desentrañados a la luz del bien jurídico propio del capítulo correspondiente a los delitos de prevaricación; dado que no puede perderse de vista que la conducta descrita en la primera parte del artículo 270 del Código Penal resulta una estructura—al menos en principio—de alcance similar al prevencional de derecho contenido (y con mayor monto punitivo) en el artículo 269 del Código Penal.

Sobre el punto, puede resultar ilustrativo echar mano a la doctrina desarrollada en España y en Alemania, dado que esta problemática ha sido tratada en ambos países de una manera paralela⁴⁵.

De todos modos es necesario advertir que, como en toda afirmación de Derecho Comparado, la generalización de soluciones interpretativas es siempre una cuestión delicada, y justamente por este motivo la siguiente exposición no pretende ser más que una propuesta para estimular posteriores discusiones. Así pues, debe dejarse en claro que en España el texto legal habla de injusticia, lo que resulta equivalente a torcimiento del Derecho (*Rechtsbeugung*)—el término prevaricación procede de *vericare* (andar torcido)—, y que en la doctrina alemana se han elaborado diversas teorías de la prevaricación: así la subjetiva, la objetiva, la intermedia y la mixta.

Según la *teoría subjetiva*, existe injusticia cuando el que la dicta lo hace de manera distinta a como, según su convicción jurídica, debería hacerlo; es decir, prevarica el que traiciona con su decisión la idea

⁴⁵ BACIGALUPO, Enrique, *Responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado Democrático de Derecho*. Ver en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al profesor Dr. Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1197.

que se ha formado en su conciencia sobre qué es justo en el caso concreto que ha de decidir. El criterio último reside en su propia conciencia. No prevarica, pues, el funcionario que resuelve de acuerdo con su convicción jurídica, y prevarica quien actúa contra la propia convicción de lo que es Derecho, siendo la convicción un elemento subjetivo⁴⁶, todo ello con independencia de que la resolución sea no adecuada a Derecho⁴⁷⁻⁴⁸.

Es lógico que esta tesis no prospere y sea objeto de desprecio.

La *teoría objetiva* es seguida por la doctrina dominante en Alemania y en España. Según esta teoría, el término injusticia debe medirse en relación al ordenamiento jurídico, de modo que injusta será toda resolución contraria a Derecho.

El núcleo de la conducta prevaricadora lo constituye la lesión objetiva del Derecho aplicable. Dicho Derecho no es el Derecho natural, sino el derecho objetivo—positivo—contemplado, no sólo en un plano formal, sino también material, con respecto al sistema de fuentes y a las normas del ordenamiento jurídico de interpretación y de integración.

De este modo, una prisión preventiva dictada a derecho por un juez competente nunca podrá ser constitutiva del delito del artículo 270 del Código Penal aunque el funcionario se aparte de su convicción jurídica. Para los seguidores de esta teoría, en principio, no prevarica el funcionario que adopta una decisión justificable teóricamente, utilizándolo las normas de interpretación del ordenamiento jurídico.

⁴⁶ Las tesis subjetivistas han tenido mayor eco en la Alemania Federal, donde se deja sentir el recuerdo de la época nacionalsocialista. GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevención judicial*, Tecnos, Madrid, p. 107.

⁴⁷ MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 49.

⁴⁸ Un argumento a favor de la tesis subjetiva lo constituye la gran dificultad en establecer cuál es la decisión correcta en el caso concreto, cuando los principios jurídicos y la lesión indudable del Derecho son de muy escasa claridad (existiendo normalmente diferentes teorías doctrinales para cada institución jurídica), por lo que se dice que el punto de vista subjetivo debe ser decisivo. Pero como dice García Arán, "...los inconvenientes de la tesis subjetiva son evidentes: lo primero que cabe objetarle es cómo establecer la contradicción entre una decisión judicial y la convicción con que se toma; pero además se admite incurrir como prevaricación una decisión adecuada a la ley, pero contraria a la conciencia del juez..." (cfr. GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 107).

El problema que se plantea es que el Derecho no es unívoco, especialmente en los casos de leyes multivocas, de discrecionalidad o de conceptos indeterminados, con lo que ya el propio legislador renuncia a soluciones uniformes de los casos, y quiere que sea el juez o el funcionario quien diga la última palabra sobre la aplicación concreta de la ley. Dicen entonces sus partidarios que: todas las decisiones que caen dentro de los límites de la discrecionalidad otorgada por el legislador son decisiones justas, sea cual fuere el camino y las motivaciones. Y además, la resolución debe contradecir el derecho objetivo de manera manifiesta e indiscutible, ya que no basta la mera ilegalidad.

La teoría intermedia fue defendida por Rudolph⁴⁹, también denominada *teoría del incumplimiento del deber*, y compare con la teoría objetiva el criterio de que hay casos donde una única solución es la correcta, dándose prevaricación si la decisión judicial no coincide con ella: se tratará de normas que no admiten más que una determinada interpretación⁵⁰.

Otro criterio que ofrece Rudolph para apreciar prevaricación allí donde la teoría objetiva no puede hacerlo en caso de leyes multivocas es el de tener en cuenta si el juez decide guiado por consideraciones extrañas al asunto, en contra de su convicción jurídica, es decir si actúa por estímulos, móviles o intereses ajenos al derecho a la hora de resolver. La teoría intermedia introduce así un elemento subjetivo del injusto. Así prevaricará quien tenga una actitud de desprecio hacia la solución ajustada a Derecho, conforme a la ciencia jurídica. Criterio este último también utilizado en el caso de la *discrecionalidad*. Si un juez ha de aplicar la misma norma discrecional a casos iguales, y los

⁴⁹ RUDOLPH, ZsW, 70, p. 628, citado por MIR PUIG, ob. cit., p. 52.
⁵⁰ Sin embargo, discrepa que la teoría de las diversas interpretaciones posibles en el caso de las leyes multivocas sea correcta, y afirma que prevarica el funcionario que no utiliza los métodos y medios científico-jurídicos de encontrar el Derecho, es decir, los métodos y medios de la interpretación científico-jurídica del Derecho. Es la ley la que es multívoca, no el Derecho —que es aquí la interpretación de la ley— realizada por el juez para el caso concreto—. La prevaricación sería la lesión al deber del juez de encontrar el Derecho, de actuar en interés de la verdad; consistirá entonces en la resolución no alcanzada con tales medios y métodos científico-jurídicos. RU-DOLPHI, ZsW, 70, p. 628, citado por MIR PUIG, ob. cit., p. 53.

resuelve en los límites opuestos de la discrecionalidad, habrá prevalecido a pesar de que el límite de la discrecionalidad no se ha sobre-

pasado.

Finalmente la *teoría mixta*⁵¹ entiende que se requiere una objetiva injusticia y además la subjetiva tendencia del juez que resuelve con- tiradecir el Derecho –tendencia subjetiva que deriva del término tor- cimiento del Derecho (*Beugung des Rechts* o *Rechtsbeugung*). Se trata de una teoría que restringe el concepto de *Rechtsbeugung* a la versión dolosa, única que el legislador alemán considera punible, al no tipificar la modalidad imprudente como en España. Según esta teoría, pues, no tuerce el Derecho, ni la resolución que es objetivamente con- traria a Derecho realizada sin la intención de contradecir el Derecho –o de ir contra la propia convicción jurídica–, ni la realizada con esa tendencia que es objetivamente correcta.

El baremo de medición de la injusticia –o en nuestro caso de la improcedencia⁵²– es, por tanto, la ley, pero no entendida de un modo formalista y abstracto, sino integrada en el sistema de fuentes y dotada de contenido material mediante el proceso de interpretación. Ello nos conduce a que, a efectos de este delito, no hay decisión injusta si se ha aplicado la legalidad debidamente interpretada. La justicia material debe buscarse en ese proceso interpretativo limitado por las propias fronteras de la ley⁵³.

Resultado claro, sin embargo, que, aunque la tarea de interpretar con- sistiera en encontrar el sentido de la ley para la solución del caso, son muchas las disposiciones legales que admiten más de una interpretación y, por tanto, más de una solución justa. No se puede caer aquí en una

⁵¹ La siguen ENGISH, Karl, *Zur Natur der Sache Strafrecht*, 1961, p. 119, y ROXIN, Klaus, *Täterschaft und Täterherrschaft*, 4ª ed., 1984, p. 429. Ver MIR PUIG, ob. cit., p. 53.

⁵² Cramer sitúa expresamente el torcimiento del Derecho en la decisión que esta en contradicción con el Derecho y la ley, tratando de integrar no sólo el Derecho positivo sino también el suprallegal o normas no escritas, lo que en definitiva conforma la noción de Derecho aplicable. Así el problema se sitúa en los límites de la inter- pretación de la ley antes que en el establecimiento de la justicia más allá de la ley. Cramer, S/G.B., p. 1882, citado por GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 113.

⁵³ Cfr. GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 117.

concepción monolítica y estática de justicia, de corte inusatural, pues estoy defendiendo, precisamente, lo contrario⁵⁴.

En esta línea, la búsqueda de la justicia material dentro de los límites de la legalidad permite asumir que no puede hablarse de decisión prevaleciente allí donde se haya adoptado una interpretación justificable teóricamente, lo cual evita que pueda tacharse a esta posición de excesivamente formalista por su equiparación entre ilegalidad e injusticia —o como nosotros: ilegalidad e improcedencia—. Y para concretar la justificabilidad teórica de una interpretación habrá que acudir a los métodos admitidos por la ciencia jurídica, que aquí no pueden ser desarrollados y que deben respetar, además, la adecuación a la norma constitucional⁵⁵.

Resta entonces analizar aquellas situaciones en las que se busca la justicia desbordando los límites de la ley: la decisión es comparable desde un concepto meta-legal de justicia, pero supone desviación del sentido de la ley aplicable. La elección por el juez de la solución legal no es una tarea absolutamente libre, sino que debe llevarse a cabo a partir de la finalidad de la institución en cuya aplicación se le otorgue discrecionalidad —fines constitucionales de la prisión preventiva—, que se le otorga no para que realice su personal concepto de justicia, sino para que concrete la legalidad que el legislador no ha podido concretar, aunque haya pretendido establecer ciertos criterios orientadores de finalidad, y es posible que en la resolución de un caso, una de las alternativas sea contraria a la finalidad perseguida por el texto legal mientras sea acorde con la finalidad constitucional⁵⁶.

La discrecionalidad se concede para realizar una determinada finalidad respecto a la cual la decisión no puede desviarse.

En esta sentido, tomo para mí⁵⁷ la posición mixta abrazando las

⁵⁴ Cfr. GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 117.

⁵⁵ Vid. LARENZ, *Metodología*, ps. 337 y ss., cit. por GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 117.

⁵⁶ Cfr. GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 118.

⁵⁷ Donna parece tomar la posición mayoritaria objetiva cuando dice que la resolución debe, de una manera manifiesta e incontestable, entrar en contradicción con el ordenamiento jurídico. Ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna interpretación posible del Derecho aplicable puede ser prevaleciente (ob. cit., t. III, p. 417). Este punto de partida, si bien es justo, se queda a mitad de camino, en tanto dejaría afuera los problemas de las leyes multivocas.

consideraciones sobre la finalidad en las leyes multivocas que desarrollaran Rudolphi y García Arán, y desde este punto de vista creo que el aforismo *summum ius, summa iniuria* sólo puede ser entendido en la siguiente forma: se puede producir la mayor de las injusticias ("summa iniuria") si se aplica el Derecho manteniéndose en el máximo de la formalidad de la ley ("summun ius"), sin averiguar cuál es su contenido material y sin desarrollar, en definitiva, el proceso de concreción de lo formal a lo material desde los métodos científico-jurídicos a disposición.

?Realiza entonces la conducta típica aquel juez que se avoca a las presunciones legales de pronóstico punitivo, contenidas en los diversos ordenamientos procesales del país, dado que no analiza ni fundamenta—a sabiendas e intencionalmente—los fines y los límites constitucionales de la medida precautoria?

Es posible, pero debe tenerse en cuenta que—atento a los márgenes punitivos—no es de aplicación esta figura sino el prevaricato de derecho del artículo 269 del Código Penal, el cual, por otro lado, resulta menos específico y no permite todo el análisis y desarrollo antedichos. Por último, entiendo que no se requiere que haya tenido lugar la efectiva detención del prevenido, ya que la ley sólo dice "decretar la prisión preventiva", debido a que el primer bien jurídico protegido es la administración de justicia, que ya se vulnera con el mero decreto de algo que no debe tener lugar. En este sentido creo que se trata de un delito de resultado cortado.

3.3. De la comisión por omisión: "...prolongare la prisión preventiva que, computada en forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado..."

Se trata del caso de la prolongación de la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiera agotado la pena máxima que podía corresponder al procesado por el delito imputado. Presupuesto del delito es que una persona esté cumpliendo la prisión preventiva y el juez omite la decisión de libertad cuando se

han cumplido los plazos antes indicados, es decir, se trata de la pena máxima del delito ya compurgado en prisión preventiva.

Este precepto, dada su modalidad, impide interpretaciones tan abiertas como la tipicidad anterior. Basta prolongar la prisión preventiva que fue dictada conforme a la preceptiva procesal y penal, y, además, dado el fundamento antes comentado, parece ser la motivación más trascendente que tuvo en cuenta el legislador a la hora de conformar la norma en cuestión⁵⁸.

Se requiere entonces de una efectiva privación de la libertad que se prolonga más allá del tiempo que la ley penal tiene establecido como pena máxima para el delito por el cual se juzga al sujeto pasivo. Importa daño efectivo, no la mera posibilidad de sufrirlo⁵⁹.

Algunos autores interpretan que se admitirían dos posibilidades comisivas:

1. Ordenar que se prolongue la prisión preventiva. Sobre el punto, Núñez añade otro posible modo comisivo que es el rechazo de la petición de soltura;
2. Omitir hacerla cesar en el momento debido.

El momento consumativo parece ubicarse cuando debió hacerse cesar el encarcelamiento preventivo, cuando debió disponerse el auto de soltura. Este presupuesto hace pensar que las hipótesis antedichas sólo demuestran que se trata de un tipo de comisión por omisión, es decir, que se debe distinguir—ya que se habla de problemas de *comisión por omisión*—diferentes grupos de casos⁶⁰: el primer grupo de casos importa la evitación por el propio sujeto, mediante una conducta activa, del auxilio al que estaba obligado; el segundo se trata de la ruptura de cursos causales salvadores ajenos; en el tercero se agrupan aquellos casos en que también mediante una acción el sujeto se coloca en una

⁵⁸ El órgano jurisdiccional, si el proceso se prolongase más allá del máximo posible de pena correspondiente al delito, tiene la obligación de conceder la libertad provisoria, por vía de la excarcelación. Es lógica aplicación que no debe existir el encarcelamiento preventivo cuando no exista posibilidad de pena corporal y/o ésta desaparezca con el agotamiento de pena en prisión preventiva. Ver NAVARRRO, ob. cit., p. 57.

⁵⁹ CARRERA, citado por NAVARRRO, ob. cit., p. 57.

⁶⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Colección Autores de Derecho Penal, dir. por E. A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 53.

situación de ausencia de culpabilidad. No caben dudas de que el primero es el grupo de pertenencia del tipo en estudio.

Por último, debe dejarse la inquietud por analizar todos aquellos casos en que es el secretario del juzgado el encargado de computar los plazos y el que dolosamente lleva a error o instiga al magistrado para cometer la conducta típica. No se debe olvidar que estamos ante un delito especial propio de propia mano, es decir, puede existir participación pero no coautoría.

§ 4. Acerca del tipo subjetivo

La doctrina nacional se ha dividido. Algunos autores, como Soler y Molinaro y Aguirre Obarrío, afirman que no se trata de un delito doloso sino que se refiere "...a la actuación negligente o imprudente del juez que por ligereza, por dejadez, por retardo, determina que alguien sufra prisión preventiva indebidamente o más allá de los límites resultantes del juego de la ley penal y la procesal..."⁶¹ En igual sentido se pronuncia Núñez cuando establece que se trata de la "...inobservancia inintencional de la norma reguladora de la prisión preventiva..."⁶²

Dice Donna que "...tales posturas encuentran su fundamento en la atenuación de la escala penal que tiene esta figura con respecto a otras normas en las que podría encuadrar tal accionar, como los delitos de privación de libertad - artículo 141 - o abuso de autoridad - artículo 248 -, los que prevén pena privativa de libertad, mientras que la norma que nos ocupa determina multa e inhabilitación..."⁶³

En España, si bien se ha suprimido la prevaricación imprudente del funcionario público no judicial con la reforma del Código Penal en el año 1995, no se desincriminó el tipo imprudente de prevaricato judicial⁶⁴. En Alemania no se distingue entre prevaricación judicial y

⁶¹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, t. V, part. 3, p. 279.

⁶² NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, t. V.

⁶³ DONNA, ob. cit., t. III, p. 427.

⁶⁴ Así, el Cód. Pen. español expresa en el art. 447 que "El juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años".

administrativa, y tampoco se tipifica la modalidad imprudente, en un sistema en que rige—como en la Argentina—el *numerus clausus* para la imprudencia, afirmando la doctrina dominante que no cabe ni siquiera la prevaricación (*Rechtsbeugung*) por dolo eventual; entender que el juez que es consciente de su tarea interpretativa *siempre* cuenta con la posibilidad de que la aplicación del Derecho que se realiza no sea la correcta y estimar que, en tales casos, puede prevaricar a título de dolo eventual, supone coartarle en su función y limitarle en la decisión sobre la interpretación correcta⁶⁵.

En cuanto al tipo en estudio, cabe destacar que si bien Soler (entre otros) postuló que el artículo 270 del Código Penal se trataba de una modalidad imprudente dado el monto punitivo en juego—tal como afirma Donna⁶⁶—en el Proyecto de 1960, dijo que "...Suprimimos la figura del artículo 270 porque, dado el monto de la pena resulta explicable solamente como forma culpable de prevaricato, lo cual es incompatible con la estructura propia de este delito..."⁶⁷ Así pues, se puede apreciar que el doctrinario no sostenía la forma imprudente como posible para la figura en crisis, sino que, ante la existencia de la misma (o su imposibilidad de derogación) y el exiguo tenor sancionatorio, tomaba un criterio de ampliación de la punibilidad—a mi juicio equívocado—vulnerando el *numerus clausus* que debe respetarse en nuestro ordenamiento para con los delitos imprudentes⁶⁸.

En nuestro ordenamiento, la estructura de los delitos culposos tiene una específica forma de descripción; circunstancia ésta que, lejos de aparecer dentro de los parámetros de la norma en trato, provocaría una ampliación aún mayor de los márgenes difusos de punición que ya aparecen en ambas estructuras típicas objetivas, tanto en la comisiva—multivoca y abierta—como en la omisiva—comisión por omisión imprudente—.

⁶⁵ Cf. MIR PUIG, ob. cit., p. 44.

⁶⁶ DONNA, ob. cit., t. III, p. 427.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio y ARNEDO, Miguel, *Digesto de codificación penal argentina*, AZ Editora, Buenos Aires, t. 4, p. 515.

⁶⁸ En idéntico sentido Maldonado establece que la calidad de doloso o culposo de un delito no depende de la pena ni de la armonía de las escalas penales, sino de la estructura típica; ver DONNA, ob. cit., t. III, p. 426; CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 332.

Creo entonces que los delitos previstos en el artículo 270 deben ser entendidos como dolosos —y con dolo directo⁶⁹—, lo cual implica que el autor sepa y quiera ordenar la prisión preventiva del inculcado o prolongar su detención bajo las condiciones analizadas en los puntos anteriores, es decir, que conozca las circunstancias que tornan impropia la prisión preventiva o que obligan a hacerla cesar, y la voluntad de disponerla o prolongarla a pesar de ese conocimiento⁷⁰.

§ 5. El problema del monto punitivo. Conclusiones

Así entonces, y más allá de todos los inconvenientes relativos a la indeterminación de la primera de las conductas descriptas en la norma y de los problemas aparejados por las afirmaciones de aquellos autores que entendían que se trataba de modalidades imprudentes, deviene imperativo analizar ahora las hipótesis de aplicabilidad de las figuras; es decir, si se trata de supuestos que importan sólo eternos desplazamientos hacia otros delitos —por tratarse el artículo 270 del Código Penal de tipos secundarios o residuales, atento al monto punitivo— o, por el contrario, y dada una situación de especialidad, sólo se puede afirmar la incongruencia de la pena y proponer una reforma legislativa. En cuanto a la relación con la figura del artículo 144 bis, inciso 1º del Código Penal, algunos autores creen que por una razón de especialidad el artículo 270 desplaza la figura contra la libertad ante una prisión preventiva ilegal, y entiendo que a ello le asiste razón atento a que este último se trata de un delito de resultado cortado que no requiere que se efectivice —en su acepción comisiva— la privación de libertad ya que basta con decretarla⁷¹.

Respecto de la norma contenida en el artículo 143, inciso 1º del Código Penal y la comisión por omisión que contiene el 270, la situación es distinta. Y digo esto porque no decretar la libertad de una persona que ha superado o purgado su pena en prisión preventiva

⁶⁹ La posibilidad de abrir paso al dolo eventual desvirtúa los límites de la norma toda vez que ningún magistrado puede esperar con total certeza el acierto de su postura.

⁷⁰ DONNA, ob. cit., t. III, p. 426.

⁷¹ NAVARRO, ob. cit., p. 58.

en el plano objetivo puede importar una retención típica del artículo 143, inciso 1º del Código Penal por una lógica aplicación de los principios de consunción y subsidiariedad.

En cuanto a la primera de las acciones típicas, entiendo que no puedo comparar la opinión del profesor Navarro, en tanto dice que el tipo del artículo 269 del Código Penal se desplaza ante la especialidad del 270. Sobre el punto, tengo para mí que si se toma la tesis de mínima como único supuesto aplicable para la figura en discusión —es decir que sólo puede darse el supuesto en estudio ante el dictado de una prisión preventiva para un delito que no contemple pena privativa de libertad—, perfectamente puede encuadrarse en el prevaricato de derecho que contiene el artículo 269, ya que no observo que lo normado en el tipo en crisis reproduzca algún elemento adicional que lo torne preferente por su mayor especificidad.

Por otro lado, creo que dicho extremo está sustentado por elementos en blanco que lo definen como un tipo abierto y, dada su mayor especificidad —a diferencia del texto del artículo 269 del Código Penal—, permite introducir criterios de interpretación limitativos (tesis de máxima) que, desde el bloque de legalidad constitucional, individualizarían dentro de las conductas acriminadas aquellas interpretaciones —asabidas de las mismas— abiertamente improcedentes y arbitrarias basadas en leyes procesales formalmente inconstitucionales; es decir, desde una interpretación basada en el bien jurídico y los similares alcances de la norma en crisis con el prevaricato de derecho del artículo 269 del Código Penal, se procuraría impedir el torcimiento doctrinal del Derecho ante interpretaciones arbitrarias, contrarias a la Constitución. Claro que dicha visión choca con dos barreras difícilmente sortearables; por un lado se vulneraría la máxima restrictividad y taxatividad que presupone el principio de legalidad constitucional y, por el otro, la consumación penal permite que —por vía del concurso— no tenga aplicabilidad material.

Cabe preguntarnos si hoy —tal como está redactada la norma—, y dando por cierto que a la primera parte del artículo 270 del Código Penal le corresponde la aplicación de la tesis de mínima, no abarcaría el artículo 269 del Código Penal los supuestos que presupuestan las tesis interme-

dia y de máxima—las prisiones preventivas institucionales—, y ello sobre todo por la diferencia punitiva que existe entre ambas figuras. Así las cosas, concluyo que las condiciones de aplicabilidad—en tanto importan un enorme margen de dudas (por concurrencia de los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad) ante la existencia de otras figuras que contienen o se parecen o que desplazan al tipo en estudio—transforman al artículo en crisis en un verdadero holograma jurídico que dificulta su interpretación práctica; por lo que una reforma legislativa que amplíe el monto punitivo—y la posición como una agravante específica del artículo 269 del Código Penal—o que—en su defecto—la derogue, resultarían ser las más saludables soluciones.

§ 6. Bibliografía consultada

BACIGALUPO, Enrique, *Responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado Democrático de Derecho. Ver en La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

CAFFÉRATA NORES, J. y FRASCAROLI, M., *La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?*, en LexisNexis J. A. del 19-5-2004.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, 6ª ed. reimp., Tecnos, Madrid, 2004.

CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración*, comentario de los artículos 273 a 281 del Código Penal, Astrea, Buenos Aires.

— *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, t. 2.

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

GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevención judicial*, Tecnos, Madrid.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por E. A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000.

- MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, t. III.
- MORENO (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Tommasi, Buenos Aires, 1923, t. VI.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch Alter-nativa, 1989.
- NAVARRO, Guillermo R., *Prevaricato del juez y del abogado, denegación y retardo de justicia*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, t. V.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, t. V.
- SOLIMINE, Marcelo, *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el CPPN*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- ZAFFARONI, Raúl E.; ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZIFFER, Patricia, *Acercas de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo*, en L. L. 2000-C-611.

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA*

por JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ

Los corruptos son delinquentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrará el cuello. Están más allá de algún inextinguible envilecimiento aunque algún juez molesto los haga comparecer para una cierta denuncia. Es una incomodidad, pero finalmente no ocurre nada.

NEUMANN, Elías, *La pobreza y la corrupción deslegitimian a las democracias incipientes, a la ley penal y a los derechos humanos*, en *Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, 1997, p. 362.

SUMARIO: 1. Consideraciones generales sobre la corrupción. 2. Corrupción y administración pública. 3. Aspectos esenciales de los delitos de corrupción de funcionario. A propósito de la reforma producida por la ley 28.355 del 4-10-2004. 3.1. Apuntes preliminares. 3.2. Sistemática legislativa: el caso de Argentina y Perú. 3.3. Configuración típica del cohecho y la ley 28.355. 3.3.1. Cohecho pasivo propio. 3.3.2. Cohecho pasivo impropio. 3.3.3. Cohecho pasivo específico. 3.3.4. Cohecho activo genérico y específico. 3.4. El delito de cohecho como forma de "encuentro" en los

* Las referencias normativas que se realizan en la presente investigación están, principalmente, en función comparativa al Derecho Penal peruano y argentino.

tipos pluripersonales. 4. La corrupción de funcionario en el contexto de la criminalidad organizada. 4.1. Algunas notas con relación a la criminalidad organizada. 4.2. Las vías de imputación individual utilizables para imputar comportamientos en el marco de la criminalidad organizada. 5. A modo de conclusión.

1. Consideraciones generales sobre la corrupción

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumper*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: "romper con", "romper en unión de", pero en realidad quiere decir "echar a perder, pudrir". Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir, la fuerza que corrompe y aquella persona sobre la que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernas a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y la corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico en que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes "corruptos"; en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un de-
cisor¹.

Lord Acton decía que el "...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente", o como decía Montesquieu: "La

¹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Acercas del concepto de corrupción*, en *VV. AA., La corrupción política*, Madrid, 1997, ps. 42 y 43.

constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan². La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aun la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados *democracias consolidadas*; aunque en sociedades menos desarrolladas los efectos de la corrupción suelen ser más graves que en países desarrollados, en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía³.

La corrupción instalada como sistema en una sociedad presupone un desprecio generalizado a la que se asocia la centralización de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo, la falta de autonomía en el poder jurisdiccional y en el Legislativo por los dictados del Ejecutivo con argumentos que se fundan en la emergencia o eficiencia económica. Por ello, llegamos a un punto donde lo único que importa es la riqueza y el mantenimiento de las ganancias como motores del progreso social. Sus defensores creen que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también por el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

El problema del fenómeno de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión⁴. Pero también —y de ahí su complejidad— existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico que se siga. Así, por ejemplo, la corrupción hace a la esencia de la sociedad capitalista actual y es especial manifestación de la crisis del sistema. Por otro lado, hay información histórica que permite fundar la sospecha de que hubo formas de criminalidad funcionales en de-

² MURIEL PATINO, María Victoria, *Economía, corrupción y desarrollo*, en CAPARRÓS, Eduardo Fabián (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, 2000, p. 27.
³ VIRGOLINI, E. S. Julio, *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004, p. 258.

terminadas etapas del desarrollo capitalista, tal el caso de la esclavitud, la piratería, el contrabando, las guerras de mercado, el narcotráfico, etcétera⁴.

Didácticamente Hurtado Pozo prefiere hablar de dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa, y de la otra, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. Esto es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada, se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos. De igual forma, resulta interesante poner de relieve una característica de la corrupción en un sentido criminológico. En tal sentido, según Cruz Castro, "En la sociedad, prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de comunicación social colectiva. Se trata de un delito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento de estos hechos llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común"⁶.

2. Corrupción y administración pública

A la corrupción y su impacto en la administración pública la podemos definir como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el "interés público". Pueden encontrarse definiciones muy generales

⁴ SIMONETTI, José María, *Notas sobre la corrupción*, en *Pena y Estado*, Año 1, No 1, Buenos Aires, 1995, p. 177.

⁵ HURTADO POZO, José, *Corrupción: el caso peruano*, en *Pena y Estado*, Año 1, No 1, Buenos Aires, 1995, p. 156.

⁶ CRUZ CASTRO, Fernando, *La investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos*, en *Pena y Estado*, Año 1, No 1, Buenos Aires, 1995, p. 80.

como la de Andrés Ibáñez, que indica que la corrupción son "...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaleciéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un privilegio"⁷.

Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales —en este punto— es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard, Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación, la corrupción, pero siempre vinculada de alguna forma a la administración pública, es una "conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)"⁸.

La *ratio* fundamental de la corrupción radica entonces en una desviación de ciertos parámetros de comportamientos. Debe destacarse también que el sustrato fáctico de la corrupción reside, fundamentalmente, en la actividad económica de la administración y, habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcional). La imputación hacia una persona como "corrupto" va asociada a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos

⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial*, en *Doctrina Penal*, 1996-B, Buenos Aires, p. 425.

⁸ Citado por BERALDI, Carlos Alberto, *Control de la corrupción mediante la desregulación*, en *Pena y Estado*, Año 1, Nº 1, Buenos Aires, 1995, ps. 36 y 37.

⁹ CARBAJO CASCÓN, Fernando, *Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción*, en CAPARRÓS, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* cit., p. 55.

domésticos, familiares o cotidianos: un particular persuadido, a través de dinero, al presidente de un club privado para hacerlo ingresar en calidad de socio. Así las cosas, se puede diferenciar nítidamente una corrupción que se presenta en el campo de las *acciones privadas* de la que afecta a la *administración pública*, privilegiándose a esta última como una cuestión de mayor importancia¹⁰. Al respecto, Mariano Gron-dona afirma "que la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras ésta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones"¹¹. Esta última es la que los romanos llamaron *crimen repetundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita o soborno*, y los italianos *barateria*.

En el Perú, a través de los medios de comunicación, principalmente, se conoció el "caso Montesinos", donde aquel 14 de septiembre de 2000, en las pantallas de Canal N se propaló el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor de la Alta Dirección de Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos, entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es historia conocida. Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad. A raíz de los hechos de corrupción sucedidos en las altas esferas del poder en el Perú, se expidió todo un "paquete legislativo" para la lucha contra la criminalidad or-ganizada movido por un factor común: la multiplicada corrupción. Así, la primera ley, la 27.378 del 21 de diciembre de 2000, que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad or-ganizada, y la segunda ley, la 27.379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Modificaciones sustanciales que aluden principalmente al Derecho policial, Derecho Penal material y premial por colaboración eficaz: exención de pena, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, entre otras, y Derecho Procesal Penal (limita-ciones de derechos).

¹⁰ BERALDI, *Control de la corrupción mediante la desregulación* cit., p. 36.
¹¹ Citado por SANDLER, Héctor Raúl, *La corrupción legislativa*, en SAND-
 LER/RAJLAND (coords.), *Corrupción. Una sociedad bajo sospecha*, Buenos Aires,
 1997, p. 167.

Existe un documento internacional llamado Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción, de fecha 29 de marzo de 1996 (reunidos en la ciudad de Caracas). Esta Convención contra la Corrupción también fue ratificada por la República Argentina el 17 de enero de 1997, entrando en vigor definitivamente un año después de la conferencia interamericana, es decir, el 6 de marzo de 1997. El Estado peruano también la aprobó mediante Resolución Legislativa 26.757 de fecha 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE de 21 de marzo del mismo año. Me pregunto: Los convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú y Argentina son firmantes, y por tanto vinculantes en su aplicación, ¿son instrumentos idóneos para complementar la eficacia represiva? ¿El Derecho Penal de la corrupción respeta los límites que la Convención establece?

Se puede percibir que existe una incertidumbre con respecto a la eficacia de las normas de la Convención para su aplicación dentro de un Derecho interno, pues existen dos tendencias: la primera sostiene que se apliquen directamente las normas de la Convención. La segunda, en cambio, requiere que las normas internas (principalmente el Código Penal) se adecuen a la Convención, especialmente a las conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, deben compatibilizarse las normas internas con los postulados de la Convención, mas todavía cuando en el artículo VII de dicha Convención se establece que deben incorporarse los actos de corrupción en la medida en que la legislación penal interna no contemple tales delitos: caso como el soborno internacional, que no existe como modalidad típica en el Código punitivo peruano.

Cabe resaltar que el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito propuso excluir los actos de corrupción de la tipología de delito político, especialmente para facilitar la extradición e igualmente el decomiso de los bienes adquiridos con dinero de origen espurio. La corrupción, tan igual a los casos conocidos como de terrorismo o "terrorismo especial", tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presenta en el campo del Derecho Penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia. Entonces cabe preguntarse: La eficacia del Derecho Penal en la mayoría de las

veces, ¿está en función de decisiones coyunturales, temporales? ¿Cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho Penal?, si la corrupción es un problema estructural, de base.

3. Aspectos esenciales de los delitos de corrupción de funcionario. A propósito de la reforma producida por la ley 28.355 del 4-10-2004

3.1. *Apuntes preliminares*

La expresión *cohechar*, según la Real Academia Española, significa "sobornar, corromper con dádivas al juez, a persona que interviene en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pida"¹². Un término ligado al cohecho es la "coima", de la que en el siglo pasado la Real Academia Española modificó el contenido con la aclaración de que en la Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay se utiliza como cohecho. Históricamente era el delito del juez que traficaba con su función y cuya comisión autorizaba la repetición del dinero recibido por el juez corrupto. Criminológicamente el delito de cohecho está en el centro de los delitos llamados "de guante blanco".

Históricamente el cohecho tenía su origen, según Soler, en los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción determinó que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva¹³. Por eso se entendía que existían puntos de conexión entre el delito de cohecho y la concusión. Actualmente, estas figuras típicas son necesariamente autónomas, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico-penal institucion-nalizado (administración pública). Esto sucede en el Derecho peruano,

¹² *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, t. I, p. 501.

¹³ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino* (actualizado por Manuel Bayala Basombrio), reimpresión total, Buenos Aires, 1992, t. 5, p. 206.

donde la figura básica del delito de cohecho está en los artículos 393 y siguientes, y la de concusión en los artículos 382 y siguientes del Código Penal.

El núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un "acuerdo injusto", momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo—o intento de acuerdo—entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por el otro¹⁴. De manera tal que el pago del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado no es el delito de cohecho, porque no obedece al "pacto". Lo que caracteriza al injusto en examen es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el ilícito penal. Por otro lado, José Peco sostenía que en "...el auténtico cohecho hay una captación de la voluntad del funcionario público sobre la base de una dádiva que frustra por modo inequívoco el apetito descompuesto de codicia"¹⁵.

Concretamente, en las conductas de corrupción que sanciona el Derecho Penal se pueden encontrar tres estadios de gradiente: primero, el agasajo, el cortes presente y el fino obsequio; segundo, encontramos las acciones donde ya el funcionario, en mérito a su autoridad, exige cobros injustos, y finalmente, en orden de gravedad, las acciones de sobornar o corromper al magistrado o funcionario para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pide¹⁶.

3.2. Sistemática legislativa: el caso de Argentina y Perú

En el Derecho Penal argentino, los actos de corrupción de funcionarios son tratados sistemáticamente en el Capítulo VI del Título XI, Libro Segundo del Código Penal. La ley 25.188 (B. O. del 1-11-99)

¹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, Mr José, *El delito de cohecho: problemática jurídica-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, 1999, p. 183.
¹⁵ PECO, José, *Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho*, en *La Ley*, 71, 1953, Buenos Aires, p. 845.
¹⁶ MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico, *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, 2001, p. 10.

—Ley de Ética Pública— modificó la rúbrica de este capítulo, que con antelación a ella se denominaba simplemente *Cohecho*, para pasar a titularse, con un alcance mucho más amplio (a causa de la reforma introducida por la ley, fundamentalmente por la incorporación del artículo 256 bis), *Cohecho y tráfico de influencias*¹⁷. La principal novedad que introduce la nueva legislación 25.188 es hacer extensivo el marco de punibilidad, antes exclusivamente reservado a los jueces, a los funcionarios del Ministerio Público. Con la reforma constitucional acontecida en 1994, mediante el artículo 36 de la Constitución Nacional, párrafo quinto, que a la letra dice: "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". La reforma se acentúa en el párrafo sexto de dicho artículo 36 al establecer que el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de las funciones, con lo cual revela su preocupación de que se reglamenten en todos sus aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos para reducir la corrupción funcional. En fin, la reforma constitucional resultó de suma importancia no solamente a efectos de encontrar algún punto de apoyo "constitucional" en el siempre polémico delito de enriquecimiento ilícito, sino que también dicho artículo le es aplicable a determinados delitos contra la administración pública (relacionados fundamentalmente con la venalidad de los funcionarios públicos). En tal sentido, aquí estarían los supuestos típicos de cohecho y en los Capítulos VII, VIII, IX del Código Penal argentino.

Por otro lado, los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano están sistemáticamente regulados en cuatro sec-

¹⁷ Los tipos penales de tráfico de influencias se conocen desde el Derecho Romano, concretamente cuando uno de los amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste. Al descubrirlo, el emperador lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de "venta de humo". En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de las partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de éste algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádola o promesa remunerativa.

ciones. La primera: delitos cometidos por particulares; la segunda: delitos cometidos por funcionarios públicos, que en la Sección IV regula la "corrupción de funcionarios"; la tercera: delitos contra la administración de justicia. La cuarta y última contiene las disposiciones comunes referidas al concepto jurídico-penal de los funcionarios y servidores públicos aplicable a todo el Capítulo XVIII. Como es sabido, en el marco del Derecho peruano, los delitos de corrupción de funcionarios están inmersos dentro de un catálogo mucho más amplio que es el de los delitos contra la administración pública (Título XVIII). En tal sentido, se colige que necesariamente cualquier acto de corrupción tiene que estar en vinculación con la actividad estatal donde se desempeña el sujeto activo. Esto es, que todas las figuras delictivas situadas en el Título XVIII tienen como bien jurídico común la "correcta función pública", y más concretamente los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado, dentro del marco de un Estado social y democrático de Derecho. De manera que si se llegara a evidenciar un comportamiento donde se vulnerara el principio de veracidad con la consiguiente imparcialidad que ésta genera para alguna de las partes involucradas, definitivamente se estará causando un perjuicio en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. La actividad administrativa que está al servicio de la sociedad en general no puede ser influenciada a través de bajos intereses lucrativos que están reñidos con la lealtad y la moral.

Ahora bien, ¿cuál es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios públicos? Ante todo, debemos tener en consideración que la corrupción responde a una realidad criminológica peculiar y diferente a los delitos contra la administración pública. ¿Será verdaderamente el correcto funcionamiento de las instancias de la administración pública, o el principio de imparcialidad, lo que al final de cuentas le interesa proteger al legislador? En cuanto al delito de cohecho, existe una postura jurisprudencial que indica que el bien jurídico-penal es la *moralidad* y corrección que debe imperar en la administración pública¹⁸. Empero, lo que definitivamente en la infrac-

¹⁸ En este sentido, véase: CNCCor., sala I, 18-9-96, "W., C. y otro", L. L. 1998-F-838, P.JN Intranet, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (dir.), *Revista de Derecho Penal*, Nº 2004-1, *Delitos contra la Administración Pública* - I, Santa Fe, p. 390.

ción penal bajo estudio se castiga—fundamentalmente—es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídico-penalmente el normal funcionamiento de la administración¹⁹. Esto proviene de aquellas concepciones que entienden que el Estado es un fin en sí mismo y una afirmación de que él es un medio para el bienestar de los individuos.

¹⁹ SOLER, 1992, t. 5, p. 207: "...resulta que el objeto tutelado por esta clase de infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos de corrupción"; NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Córdoba, 1992, t. V, vol. II, p. 97; "Todas las figuras de cohecho implican un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios públicos o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones, incluso para cumplirlas con arreglo a su deber legal"; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, 1993, t. VII, p. 290: "Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo"; LAJE ANAYA, Justo y GAVIER, Enrique Alberto, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, Córdoba, 1996, t. III, p. 142: "Las disposiciones de este capítulo protegen la administración pública frente a los actos de corrupción venal de sus funcionarios y contra los comportamientos de los particulares que atentan contra la dignidad, normalidad y corrección de las conductas funcionales de sus integrantes"; MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos* (actualizado por Aguirre Obario), Buenos Aires, 1999, t. III, p. 354: "El bien jurídicamente protegido es la corrección e insospechabilidad de los funcionarios públicos y su decoro"; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Santa Fe, 2000, t. III, p. 211, correctamente sostiene que: "De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado"; ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, t. 3, p. 386. Por otro lado, GIL LAVIEDRA, Ricardo, *Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo*, en DP, Nº 15 a 20, Buenos Aires, 1982, p. 710, sostiene que el correcto desenvolvimiento de la función administrativa aparece mediamente tutelado, dado que no es necesario que el acto cometido se lleve a cabo, y que bien puede tratarse de la conducta que legalmente corresponde. No es posible que acá se vea afectada la administración, lo que se protege directamente en los capítulos es la probidad del funcionario público en el ejercicio de su cargo. CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 270, apunta que lo que se protege es "la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento". Así, también, entiende la jurisprudencia argentina: "El bien que protege este artículo

3.3. Configuración típica del cohecho y la ley 28.355

En el Derecho Penal peruano, cabe destacar la modificatoria que introduce la ley 28.355 (4-10-2004) en diversos artículos del Código Penal y legislación penal complementaria. En efecto, según el artículo primero de la citada ley, modifica diversos artículos del Código Penal, específicamente a tres delitos: 1) asociación ilícita; 2) corrupción de funcionarios públicos (cohecho, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito), y 3) lavado de activos. El legislador se ha mantenido fiel a la codificación de 1991 y no ha tenido en cuenta la incorporación como figura delictiva del soborno internacional, es decir, los casos, por ejemplo, de soborno en las transacciones internacionales de negocios y otros (Convención Interamericana contra la Corrupción, art. VIII)²⁰.

es la pureza de la función pública, por lo cual es indiferente la legalidad o ilegalidad del acto del funcionario, ya que lo que interesa es una competencia para realizarlo" (C2ºCrim. de Mendoza, 6-6-53, J. A. 1953-IV-347).

Por otro lado, en cuanto al tema de titularidad del bien jurídico protegido en este delito, que es importante a efectos de determinar hacia quién y a dónde va dirigida la reparación civil, la jurisprudencia peruana ha tomado posición al respecto. Así, en el Expediente Nº 97-191601-JP-01-Loreto se anuncia: "En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado, correspondiéndole a éste la reparación civil y no a las personas que integran los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agravados" (en: Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, 4, Lima, p. 420). En tal línea de pensamiento, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción, de fecha 29-3-96, legisla en el artículo VI sobre supuestos de hecho de corrupción y beneficios ilícitos por razón del cargo (conducias, medios), así como de la autoría y participación (implícitamente se menciona la organización criminal), de los grados de desarrollo del delito, y un artículo ligado a este tema es el XII, donde se prescribe que: "Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado"; se destacan, asimismo, meros actos preparatorios y de peligro abstracto.

²⁰ La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción, artículo VIII, *Soborno transnacional*, establece: "Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor

En cuanto al delito de cohecho, la ley 28.355 respeta la clasificación tradicional, es decir, *cohecho pasivo* (arts. 393 a 396 del Cód. Pen.), constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional. Por el otro lado, se conserva el *cohecho activo* (arts. 397 y 398 del Cód. Pen.), integrado por la acción de un particular o hasta de un funcionario público que es el que ofrece, da, entrega, promete o corrompe a través de un medio corruptor que prevé la ley al funcionario o servidor público para obtener de él algún tipo de beneficio. En lo que aquí respecta —esto es el delito de cohecho—, considero conveniente y necesario realizar una valoración general del mismo poniendo énfasis en los aspectos novedosos de suma importancia:

— *Reubicando y reformulando* algunas figuras delictivas ya existentes: el artículo 394-A —corrupción de funcionarios en programa de apoyo— a la sección de los delitos de abuso de autoridad (ahora en el art. 376-A). La reubicación del cohecho activo ge-nérico (ahora en el art. 397), diferenciándolo si es para un cohecho pasivo propio o impropio. Asimismo, la reubicación del cohecho activo específico (ahora en el art. 398), que a su vez puede diferenciarse: por la “calidad del agente”: si es un agente común (párrafo primero) o si es un agente en calidad de abogado o perteneciente a un estudio de abogados (párrafo tercero), y por la “calidad del receptor”, siendo indiferente en este caso la calidad del agente, que a su vez puede estar agrupado, por una parte, en Magistrados, Fiscales, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo (párrafo primero), y por otra, en secretarios, relatores, especialistas, auxiliares jurisdiccionales, testigo, traductor e intérprete o análogo (párrafo segundo).

Por otro lado, la reformulación abarca la *creación* de tipos penales

pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que no hayan tipificado el delito de soborno transaccional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”.

nuevos (aunque en realidad serían formas agravadas del cohecho pasivo): artículo 393, el "cohecho pasivo propio a petición del funcionario" en el párrafo segundo, y el "cohecho pasivo propio condicionado" en el párrafo tercero; artículo 394, el "cohecho pasivo impropio a petición del funcionario" en el párrafo segundo. *- Derogando:* el artículo 398-A y 398-B, la "corrupción activa de magistrados y auxiliares por letrado" y la "inhabilitación del ejercicio de la abogacía", respectivamente. También entra aquí el artículo 395, segunda parte. Es acertada la derogación porque la inhabilitación en el caso del artículo 398-B resultaba un contrasentido, pues según el artículo 36 del Código Penal se prevé que la inhabilitación se extiende por igual tiempo que la pena principal, y el último párrafo del artículo 398-A (hoy derogado) decía que la inhabilitación tenía que ser puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia y del fiscal Superior Decano para que proceda a *anular* el asiento de inscripción en el Libro de Registros; asimismo se disponía poner en conocimiento a la Universidad que otorgó el título profesional de abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a su *cancelación*. Se establecía una inhabilitación perpetua, una especie de "pena de muerte en la profesión".

- Por último, en el *marco de la punibilidad* se pueden encontrar algunas modificaciones, siempre -lamentablemente- con el objetivo de *agrararla*²¹: en el artículo 393, antes de 3 a 6 años,

²¹ Aun cuando los demás delitos reformulados no sean objeto de mi análisis debe decirse:

En el delito de negociación incompatible del cargo (ahora ubicado en el art. 399), en lo que respecta al supuesto típico, se ha agregado un elemento subjetivo específico: "en provecho propio o de tercero". También fue agravado el marco penal: antes era sólo de 2 a 5 años, actualmente es de 4 a 6 años más inhabilitación. En el delito de tráfico de influencias (art. 400) se agregan las siguientes frases: "...o teniendo influencias..." y "...que ha de conocer"; además se agrega una circunstancia agravante en el segundo párrafo: "Si el agente es un funcionario o servidor público...". En ambos párrafos se agrava la pena. En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401), éste ha sufrido cambios sustanciales en la redacción típica. Ahora prescribe: "El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente"; además la

ahora de 5 a 8 años más inhabilitación en el primer párrafo, de 6 a 8 años en el párrafo segundo, y de 8 a 10 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el artículo 394, antes de 2 a 4 años, ahora de 4 a 6 años más inhabilitación en el párrafo primero, de 4 a 8 años más inhabilitación en el párrafo segundo, y de 5 a 8 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el artículo 396, antes no menor de 4 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación; en el artículo 399 (hoy art. 397), antes de 3 a 5 años, ahora de 4 a 6 años en el primer párrafo, y de 3 a 5 años en el segundo párrafo. Aunque también en forma mínima se ha tratado de *conservar* el marco punitivo: el artículo 395 establece la misma penalidad: antes de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, ahora también de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, con la creación de un nuevo marco penal en el segundo párrafo: de 8 a 15 años más inhabilitación y multa.

3.3.1. *Checho pasivo propio*

El delito de cohecho pasivo propio reformulado está regulado en el artículo 393²² del Código Penal peruano. Veamos sus aspectos esenciales:

a) Del primer párrafo del artículo 393 (tipo básico) se pueden desprender, en cuanto a los elementos objetivos, una conducta *antecedente* y otra *subsiguiente*. En la primera, los elementos son: 1. Solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja, y 2. Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Lo "pasivo" del *nomen juris* está precisamente en la descripción de los verbos rectores; el funcionario público "acepta" o "recibe", que implica indudablemente una actitud receptora; nunca puede—para este delito en particular—"exigir" ni "coac-

novedad también está en que se le agrega un segundo párrafo: "Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuiicio y la acusación constitucional..." En ambos párrafos se agrava la pena.

²² Art. 393: "El funcionario o servidor público que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber fallado a ellas..."

cionar" porque sino se estaría entrando al terreno típico de la concusión (art. 382, Cód. Pen.). Recibir implica una efectiva dación, traspaso o entrega de: donación, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Aceptar, en cambio, implica un pacto, *cerrar trato*, con alguna expectativa de recepción de algún medio corruptor, sea en forma verbal o por escrito, en forma explícita o implícita.

En el cohecho pasivo el funcionario público se limita a recepcionar lo que el cohechante activo le da, o lo acepta simplemente. En estas circunstancias el funcionario público es literalmente "comprado" por el otro, autor de cohecho activo (art. 397, Cód. Pen.). Por definición, el cohecho pasivo supone un convenio, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público²³, y es lo que lo diferenciaria, por ejemplo, de la concusión, donde las cosas transitarían al revés: es el funcionario público el que pretende algo del tercero, que es quien, víctima de la intimidación, es el exigido para dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Los medios corruptores para este delito pueden darse de muchas formas: "donaciones", "promesas" o cualquier otra "ventaja" o "beneficio"²⁴. Las donaciones son la liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta; la promesa es la expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa; una ventaja podía ser: al sueldo del funcionario "sobrepagarle" el común de que gozan otros. En el Código Penal argentino, en cambio, los medios corruptores son más específicos: "dinero", "promesa directa o indirectamente" o "cualquier otra dádiva". Cabe indicar que los medios corruptores para que sean capaces de consumar formalmente el delito de cohecho tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. Por consiguiente, quedarán como tentativas

²³ Véase, en este sentido, DONNA, 2000, t. III, p. 243: "La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público". Asimismo, el fallo de la Cám. de Acusación de Córdoba, 8-8-89, "Sosa, Ramón A.", L. L. C. 1990-504: "El cohecho pasivo 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*" (en ESTRELLA y GODOY LEMOS, 1996, t. 3, p. 389).

²⁴ En el delito de tráfico de influencias (art. 400, Cód. Pen. peruano) también se prevén los mismos medios corruptores: "...donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio..."

indóneas²⁵ todas aquellas conductas que teniendo significación en términos de donativos o similares, no tengan relación de causalidad con el acto violatorio de su función. En cuanto a los medios corruptores, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de Argentina menciona textualmente como regla general: (art. 18) "Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere".

En cuanto a la modalidad subsiguiente del cohecho pasivo —una vez que el funcionario o servidor público haya aceptado o recibido cualquier de los medios corruptores que prevé el tipo penal—, ésta tendrá una finalidad específica: 1. Para hacer (acción) u omitir (omisión simple) una actividad que es propia de su función "infringiendo su deber funcional", que es lo que lo va a diferenciar del cohecho pasivo impropio, o 2. Acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes funcionales.

En la primera finalidad, el acto ha de ser futuro ("...para hacer u omitir..."), no interesado para efectos consumativos que se cumpla tal finalidad. Al respecto, Soler señala que debe existir un "...trato

²⁵ Se presentan en dos casos:

a) Cuando es ineficaz absolutamente el *medio empleado*: un medio puede ser tanto los "instrumentos" como la "conducta" del sujeto. Ej.: una persona quiere matar a otra, y creyendo que le pone veneno a la sopa, le pone azúcar. O quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia de que son idóneas.

b) Por la impropiedad absoluta del *objeto*. Ej.: el autor dispara sobre la víctima que está durmiendo en la cama, cuando en realidad ésta ya había fallecido. O la tentativa de aborto de una mujer no embarazada, o tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario.

En conclusión: el art. 17 del Código Penal peruano no castiga esta clase de tentativa en función de que los actos ejecutivos *no crean peligro alguno* para el bien jurídico protegido, puesto que siendo *indóneos* estos actos, la posibilidad del riesgo queda descartada desde el principio.

anterior al acto y entre aquel y el mismo debe mediar una relación de carácter interno, psicológico: el pago o la promesa han de ser recibidos *para*, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario²⁶. En la segunda finalidad, en cambio, el agente público ha debido ejecutar el acto infringiendo sus obligaciones funcionales. En otros términos, se trata de los casos de "pago posterior al cumplimiento del acto". Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si un funcionario público no interviene en un asunto y acepta o recibe una merced corruptiva para recomendar ese mismo asunto al colega que entiende de él, cometerá otra infracción penal (delito de tráfico de influencias), pero no cohecho pasivo. Asimismo, si el funcionario carece de facultades o competencia y aun así acepta o recibe una merced corruptiva, la conducta puede desplazarse al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) o a la estafa (art. 196). Este razonamiento se debe a que la misma ley lo precisa: "...un acto en violación de sus obligaciones [...] a consecuencia de haber faltado a ellas..." (art. 393, párrafos primero y segundo). En suma, la infracción a las obligaciones debe producirse en un acto determinado relativo a las funciones y facultades del agente público, que es precisamente el factor motivante para la iniciación de las maniobras corruptivas por parte del cohechante activo.

b) Lo más relevante del segundo párrafo del artículo 393, producido a través de la reforma, es que el funcionario o servidor público *solicita* la oferta corruptora en forma directa o indirecta (delito de cohecho pasivo propio a pedido del funcionario). Solicitar significa "pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado" o "pedir una cosa de manera respetuosa"²⁷. En principio, la acción de "solicitar" estaba anteriormente en la fórmula originaria, pero adicionada—con el mismo marco penal—al verbo "aceptar". Ahora se ubica como una circunstancia agravante—por mayor *disvalor* de la acción—del tipo básico del artículo 393 (la pena resulta superior—ahora—al tipo básico, que es no menor de 6 ni mayor de 8 años más inhabilitación). El texto modificado admite—correctamente—que las conductas peticionarias

²⁶ SOLER, 1992, t. 5, p. 211.

²⁷ *Diccionario de la Lengua Española* cit., t. II, p. 1899.

sobornantes que realiza el funcionario público resultan ser más reprochables ético-socialmente que simplemente recibir o aceptar algún medio corruptor. Habíamos dicho que los verbos "recibir" y "aceptar" pueden ser realizados en forma directa o por persona interpuesta. Aquí, en cambio, la solicitud implica una actitud personal por parte de quien lo hace. En esta parte el legislador ha empleado unos términos lo suficientemente firmes como para que se respete de forma obligada su lenguaje (por ej.: *solicitar directamente*), pero, al mismo tiempo, utiliza expresiones flexibles como para que se pueda determinar su contenido y esencia en forma plural. Aquí entraría lo que el legislador peruano ha incorporado en el segundo párrafo: "...solicita, directa o *indirectamente*..."²⁸ Esta última expresión puede interpretarse de dos maneras: puede admitirse "terceras personas" -particulares o funcionarios- en la ejecución del ilícito, o puede admitirse "solicitudes encubiertas" pero buscando la finalidad de que el cohechante activo haga la oferta -ofrecer, dar o prometer- corruptora. La primera interpretación resultará innecesaria a la luz del principio de economía legislativa, pues se entiende que, aun existiendo personas ajenas al "pacto venal" pero que colaboran o auxilian en la ejecución típica, estarían abarcadas por las reglas de la autoría y participación criminal.

En cuanto a la segunda interpretación habrá que decir, en principio, que cuando el funcionario público formula la propuesta nos apartamos del cohecho. Sin embargo, puede existir la posibilidad de ciertas actividades facilitadoras del funcionario, previas a la formulación concreta de la propuesta corruptora por parte del cohechante activo. Estas actividades facilitadoras o solicitudes indirectas para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones se denominan, según la doctrina y jurisprudencia argentina, como "puente de plata". "Bajo este

²⁸ En este punto se ha seguido en líneas generales la redacción de la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción. Así, en el art. VI, *Actos de corrupción*, se establece: "1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a) *El requerimiento* o la aceptación, directa o *indirectamente*, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas..."

concepto—según Rimondi—quedarán comprendidas las insinuaciones o sugerencias que pueda hacer el funcionario público para que la oferta corruptiva sea efectuada por el particular. Es decir que, dentro de la figura del cohecho, quedarán también atrapados los casos en los que, previo a la propuesta del corruptor, el funcionario público tiende un 'puente' de unión con éste, dejando de lado formalidades propias de su labor, acortando la distancia entre ambos para facilitar la conducta posterior de su interlocutor²⁹. Se trataría, entonces, de actos preparatorios de mera expectativa realizados por el funcionario, destinados a que la otra parte inicie la ejecución del cohecho (activo). En ese sentido, lo que sanciona el legislador peruano es que a la solicitud corruptora la comience el funcionario o servidor público, no importando cómo la haga—directa o indirecta, explícita o implícita—. Entonces la pregunta que surge sería: ¿habrá cohecho pasivo una vez que el funcionario hizo la solicitud y el otro no efectiviza la contrapropuesta de ofrecer, dar o prometer? La respuesta es positiva. Entonces, en el Código Penal peruano puede existir cohecho pasivo (propio e impropio, y específico) sin que exista la calificación de cohecho activo. El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido—que podría entenderse una actitud "activa"—, no le quita el calificado de "pasivo" en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la recepción de los objetos materiales corruptores: el funcionario público no podrá (auto) recibir ni (auto) aceptar—por más que lo haya pedido directa—mente—donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio si no existe *el otro* que lo haga realidad. En suma, se trata de un pedido, solicitud o sugerencia *para dejarse corromper*. Lo que sí, la solicitud (pasiva del funcionario) no debe transformarse progresivamente en

²⁹ Véase, en este sentido: RIMONDI, Jorge Luis, *La doctrina del "puente de plata" en el cohecho*, en L. L. 1999-B-309. Este autor (p. 308), sumamente crítico en la doctrina, afirma que en el cohecho la propuesta corruptora debe surgir siempre del particular: "La autoridad pública que detenta el funcionario per se lo coloca en una situación de prevalencia frente al particular. De tal modo, de surgir del primero la iniciativa de acuerdo, la voluntad del segundo se encontraría viciada por el dominio de la situación del funcionario público".

una "exigencia", "obligación", porque de ser así caería bajo uno de los verbos rectores de la concusión y se entraría a una relación con-cursal³⁰.

La incorporación típica de la "solicitud" como forma agravada del cohecho pasivo trae consigo una incongruencia sistemática insalvable, porque, como se ha dicho, el cohecho y la concusión—siendo ésta por tradición más grave—tienen puntos obviamente diferentes en cuanto al supuesto de hecho, pero ahora, al elevarse la pena del delito de cohecho a petición del funcionario resulta casi idéntica la penalidad en estas figuras (art. 382, no menor de 2 ni mayor de 8 años; art. 393—párrafo segundo—, no menor de 6 ni mayor de 8 años, y art. 394—párrafo segundo—, no menor de 5 ni mayor de 8 años). Resultaría, entonces, lo mismo—a efectos penológicos—"pedir" que "exigir" por parte del sujeto activo algún tipo de beneficio económico.

c) Finalmente, en el artículo 393—tercer párrafo—del Código Penal, y sin duda, lo más destacable de la modificatoria legal es la incorporación de la figura del "cohecho pasivo propio condicionante o condicionado". Esto es que el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que pueden ser acciones u omisiones, derivada precisamente del cargo o empleo que desempeña a la *entrega o promesa* de algún medio corruptor. Esto sería lo que ordinariamente se conoce como "me pagas y luego actúo". Definitivamente, constituye una agravante del cohecho pasivo simple, no por la calidad del agente sino por la forma que adquiere la solicitud del funcionario para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Aquí necesariamente el cohechante activo tendrá que realizar materialmente—por la exigencia típica—la entrega o simplemente prometerle algún medio corruptor. Nótese que aquí los medios corruptores resultan ser más restrictivos:

³⁰ Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina: "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" (CNCS.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casación", c. 1626, PJN Intranet, en DONNA [dir.], *Revista de Derecho Penal*, Nº 2004-1, p. 391).

sólo donativo o venta. Esta figura delictiva nuevamente produce una zona gris entre el cohecho pasivo y la concusión (implícita).

3.3.2. *Cohecho pasivo impropio*

El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el artículo 394³¹ del Código Penal peruano, y lo que se reprime es la conducta del funcionario o servidor público que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir, no está prohibida su actuación, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario. Es más, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia. Este delito requiere definitivamente –como en el anterior– de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción, por ejemplo, del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata de que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja, envilezcan y desprestigien la función pública.

Se destaca, asimismo, en el segundo párrafo del artículo 394 la figura del cohecho pasivo impropio a petición del funcionario, entonces vale lo dicho anteriormente. Por otro lado, en el Derecho argentino, el cohecho pasivo del artículo 256³² del Código Penal no diferencia entre la propiedad e impropiedad de la obligación funcional, de manera que la calidad de legal o ilegal del acto resulta indiferente. Igualmente

³¹ Art. 394: "El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado..."

³² Art. 256: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones".

la Convención del 26 de mayo de 1997 relativa a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, al definir la corrupción pasiva en el artículo 2º dice que se da cuando "...un funcionario público, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto de su función o un acto en el ejercicio de su función".

3.3.3. *Cohecho pasivo específico*

Se encuentra tipificado en el artículo 395³³—primer párrafo—del Código Penal, existiendo una delimitación del ámbito de la autoridad que es casi exclusiva: Magistrados, Fiscales (éstos comprenden a todas las instancias), Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo, y el tipo comprende también otros sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse, la calidad especial del sujeto activo está enfocada a aquellos que tienen conocimiento de funciones confrontacionales, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública. En este contexto, ¿será más grave el cohecho del juez que el del presidente de la República, ministro o el de un congresista? Puede decirse que estos altos funcionarios encontrarían tipificación en el cohecho pasivo del artículo 393, por lo de "funcionario público", pero la pena resulta infima: en el primer supuesto, es no menor de 5 ni mayor de 8 años e inha-

³³ Art. 395: "El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, reciba o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia..."

"El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, reciba o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento..."

bilitación. En cambio, en el cohecho pasivo específico (art. 395), que es donde debería estar el cohecho del presidente, ministro, etcétera —y porque sería mucho más grave—, la pena es no menor de 6 ni mayor de 15 años e inhabilitación. Definitivamente, no resulta proporcional la pena del cohecho pasivo “genérico”, aun el supuesto típico más grave (art. 393, tercer párrafo), para los “altos funcionarios”.

La conducta típica está circunscripta, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) *solicite* los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé, como en todas las anteriores, como una circunstancia agravante. Sin embargo, en el artículo 395 del Código Penal —párrafos primero y segundo— se destaca que la aceptación o recibimiento de los medios corruptores puede darse “bajo cualquier modalidad”.

Hubiera sido preferible quizá una tipificación integral del artículo 396³⁴ —corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales— con el artículo 395 que venimos comentando, en razón de que ambos responden a una misma finalidad político-criminal: “cautelar los niveles de parcialidad en el ámbito de la administración de justicia”. En todo caso, el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructural y jerarquía judicial, en uno existe un mayor *disvalor* del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados para administrar justicia, y en el otro, un menor *disvalor* del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y proximidad a los litigantes cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas “ocultas”, en contra de su función pública. En este sentido, en el Derecho argentino también se contempla el cohecho pasivo específico agravado por la calidad del agente receptor en el artículo 257 del Código Penal³⁵.

³⁴ Art. 396: “Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a las anteriores...”
³⁵ Art. 257: “Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.

3.3.4. *Cobhecho activo genérico y específico*

Mediante el cobhecho activo se intenta disuadir a los particulares y también a los funcionarios públicos de facilitar o colaborar en la corrupción de la administración pública. El delito de cobhecho activo genérico (propio e impropio) y específico se encuentran tipificados, reformulados ahora, en los artículos 397 y 398 del Código Penal peruano respectivamente. En el artículo 397, párrafos primero y segundo, se alude a cualquier persona—se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado (“El que...”)—que esté interesada en obtener algo del funcionario relacionado con el ejercicio de sus funciones, y para lograrlo trata de persuadirlo corrompiéndolo mediante los siempre aludidos factores corruptores: promesas o ventajas de cualquier índole.

En el artículo 398 del Código Penal peruano (cobhecho activo específico) los medios corruptores empleados por el cohechante activo tienen una doble especificidad: por un lado, están dirigidos a determinados sujetos que administran justicia en un sentido amplio, y, por el otro, a influenciar en la decisión de dichos sujetos en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Antes, en el tipo penal se decía—con mala técnica—con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo.

La exigencia típica de los artículos 397 y 398, para la configuración de estos delitos, es que se precisa que el cohechante activo *ofrezca, de o prometa*. La acción de “dar” es entregar algo, y el verbo “prometer” resulta ser lo mismo que “ofrecer”. Ahora, las acciones pueden llevarse a cabo personalmente por el agente activo (particular o por otro funcionario o servidor público) o a través de un intermediario—persona interpuesta—del agente activo. En el texto argentino se precisan, en los artículos 258 y 258 bis, los verbos *dar u ofrecer y otorgar*, respectivamente. Aunque habría que precisar que el artículo 398—tercer párrafo—del Código Penal peruano excluye el verbo prometer y en su lugar ubica la expresión *corromper*, que es una fórmula mucho más abarcativa que las anteriores y ubica un momento temporal de estrechez del pacto venal entre el abogado y el funcionario público. Esta fórmula estaba en el texto original (art. 399, párrafos primero y segundo: “El que trata de corromper...”). En todo caso, el verbo corromper cumpliría mejor la función

apelativa o comunicativa respecto a la ciudadanía, conciliando el lenguaje legal con el cotidiano y popular y, sobre todo, evitaría posibles equívocos al interpretar y aplicar de la ley penal. En suma, resulta conveniente y útil la incorporación del abogado como sujeto activo, no sólo en su función individual—como estaba en la versión original—, sino el abogado que forma parte de un estudio de abogados.

Con este precepto, lo que el legislador quiere es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuman instantáneamente al producirse la oferta para corromper. Basta para consumir 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 o tomar algo, siendo indiferente la aptitud que éste asuma, pues el delito se consuma tanto si acepta como si rechaza el ofrecimiento³⁶. Todas las modalidades de acción requieren de la realización de una actividad (la emisión de una declaración de voluntad o la recepción de una dádiva, física o jurídicamente), pero no de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del sujeto activo tiene que ser al menos conocida por el funcionario. Si el funcionario o servidor público aceptó la proposición corruptora, su comportamiento se tipificará como cohecho pasivo.

En líneas generales el cohecho pasivo—propio e impropio—presupone un cohecho activo, pues el funcionario o servidor público no puede cometer por sí mismo el cohecho pasivo si el cohechante activo no ha dado, ofrecido o prometido el donativo, promesa, venta u otro beneficio para que realice u omita actos en violación o dentro de sus obligaciones funcionales. Por el contrario, puede existir la tipificación del cohecho activo (genérico y específico) sin que concurre un cohecho pasivo (por ej., el funcionario no acepta la oferta corruptora). No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos penales independientes y no como forma de participación criminal. Ahora bien, quien ofrece o promete puede actuar, por ejemplo, inculpable—por error *iuris*—sin que ello obste a la

³⁶ CNCas.Pen., sala III, 11-8-99, "M., P. y otro s/Recurso de casación", c. 1833, PJN Intranet, en DONNA (dir.), *Revista de Derecho Penal*, Nº 2004-1, p. 408.

comisión del delito por parte del funcionario público, en cuanto éste reciba lo ofrecido o acepte lo prometido con las finalidades previstas por la figura delictiva. Sin embargo, un caso especial—como hemos visto—son el segundo párrafo del artículo 393 y el segundo párrafo del artículo 394, con las indicaciones que se han anotado.

En cuanto a la subjetividad del delito de cohecho (pasivo y activo) habrá que tener en cuenta lo siguiente. En el delito de cohecho pasivo se destaca, como es sabido, un ámbito de restricción subjetivo del que se vale el legislador para direccionar la conducta típica. Así, el artículo 393, párrafos primero y segundo: "...para realizar u omitir..."; artículo 394, párrafos primero y segundo: "...para realizar u omitir...". Asimismo, en el cohecho activo se precisa: artículo 397, párrafos primero y segundo: "...para que realice u omita..."; artículo 398, párrafo primero: "...con el objeto de influir...". En estos casos se habla de elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto que la doctrina ha dividido en delitos de intención y delitos de tendencia. En todos estos delitos nos encontramos en la primera modalidad³⁷, siendo—en consecuencia—un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo. Además, deben considerarse los supuestos de *error* como elemento cancelatorio de la tipicidad subjetiva³⁸⁻³⁹. Por otro lado, uno de los aspectos de la reforma (que

³⁷ Cuando se alude "con el fin" es igual a cuando se alude "para obtener provecho" se prescribe "destinada a cometer delitos". En otros delitos, en cambio, los elementos en el delito de hurto y robo, por ejemplo. En el delito de asociación ilícita también se prescriben "ayudan a fijar el contenido preciso del injusto para descartar otros delitos, como, por ejemplo, en el delito contra el pudor de menores (art. 176-A, Cód. Pen.): "El que sin propósito de tener acceso carnal..."

³⁸ Véase, en este sentido: JFed. N° 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", L. D. Textos, en DONNA (dir.), *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-1, p. 410: "En el caso en estos regalos. No está acreditado, al menos sin duda alguna, el elemento subjetivo: un regalo navideño, por cortesía, y en atención a las fiestas en que es práctica realizar examen, los procesados recibieron voluntaria y conscientemente no una dádiva, sino 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»".

³⁹ En igual sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte*

sería no-reforma) es la conservación subjetiva en el artículo 395, pues disipa cualquier género de dudas, precisando el ámbito interno del agente, otorgándole a éste un carácter de dolo directo, pues la recepción de los medios corruptores tiene que ser "...a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia".

3.4. *El delito de cohecho como forma de "encuentro" en los tipos pluripersonales*

La doctrina ha clasificado, en cuanto a los sujetos activos se refiere, en: tipos unipersonales y tipos pluripersonales. En los primeros creo que no habrá mayores problemas, ya que constituyen la mayoría de los tipos de la Parte especial, es decir, aquellos que para la consumación se necesita de la intervención de un solo sujeto activo que lleva adelante la conducta típica. En cambio, los segundos –tipos pluripersonales– si merecen especial consideración. Sus características generales son: a) varias conductas que componen el tipo penal; b) la estructura típica necesita de la intervención de dos o más personas; c) que dichas conductas formen parte del total del acontecimiento lesivo descripto en el tipo penal; d) que se trate de una única figura delictiva y de un mismo bien jurídico protegido (único delito); e) el reproche tendrá que ser personal, de manera que no tienen por qué correr idéntica suerte los demás intervinientes.

A los tipos pluripersonales también se los suele llamar "participación necesaria" o simplemente "codelinquencia". La expresión participación necesaria no es del todo exacta, porque puede tratarse en el caso concreto de una coautoría y porque la cooperación en cualquiera de sus formas con otra persona no precisa haber alcanzado el grado de participación criminal⁴⁰. Tampoco faltan autores que piensan que existen

general, trad. y notas de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, vol. 2, p. 969; STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte general. El hecho punible*, I, trad. de Gladys Nancy Romero de la 2ª ed. (1976), Buenos Aires, 1999, p. 282. En la doctrina argentina, BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias*, 2, Buenos Aires, 2001, p. 632, sostienen que el cohecho se trata de una codelinquencia necesaria.

⁴⁰ Así, en este sentido, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000, p. 762.

tipos en que se requiere necesariamente la intervención de sujetos que actúan como partícipes necesarios y, sin embargo, son impunes, junto a otros cuya intervención también es necesaria, pero que pueden ser tanto autores como víctimas (vgr. art. 97, Cód. Pen. argentino). Por otro lado, la expresión codeinuencia tampoco resulta conveniente ya que tiende más a comprender una terminología de la escuela positivista desprovista del verdadero alcance que debe tener.

A mi entender, la mejor expresión es la de tipos *pluripersonales*, y a su vez éstos pueden ser de dos maneras: delitos de "convergencia" y delitos de "encuentro". En los primeros, las conductas se dirigen unilateralmente a un mismo fin, por ejemplo, las asociaciones ilícitas. En los delitos de convergencia, en virtud de la ley penal todos los intervinientes en la ejecución del hecho punible serán considerados como autores directos, coautores, según el grado de su intervención. Cabe resaltar que en estos delitos no se plantea el verdadero inconveniente de la intervención pluripersonal.

Donde sí habrá que tener especial interés es en los delitos de encuentro, que existen cuando hay varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esas coincidencias se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el "encuentro" produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. En los delitos de encuentro las conductas se cruzan, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Estos delitos se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo *colabore* con el sujeto activo para llevar adelante las exigencias típicas, por ejemplo, el delito de cohecho pasivo⁴¹, porque para que exista como tal tiene que haber un cohechante activo, más allá de que resulte o no punible con arreglo a las demás categorías dogmáticas del delito; otro delito sería el de bigamia, entre otros.

⁴¹ En contra, para el Derecho argentino: DONNA, 2000, t. III, p. 214, quien sostiene que el delito de cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codeinuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo. LAJÉ ANAYA y GAVIER, 1996, t. III, p. 144, indican que la recepción o la aceptación de la promesa por parte del funcionario es *subjektivamente convergente* con el fin perseguido por el autor del cohecho activo. Existen autores que explican que se trata de un delito bilateral. Así, SOLER, 1992, t. 5, p. 207; NÚÑEZ, 1992, t. V, vol. II, p. 98.

En el Derecho alemán, los delitos de encuentro se refieren a los

supuestos del favorecimiento de acciones sexuales de menores (para-
grafo 180 del Cód. Pen.), donde la ley únicamente señala pena en
preceptos particulares para determinados intervinientes, mientras que
deja a los demás impunes. En tales casos lo problemático en sí de la
esencia de la participación o del sentido del correspondiente precepto
penal se deduce de que el interviniente necesario tampoco pueda ser
castigado por inducción o por complicidad aunque desborde el papel
que le atribuye el tipo de que se trate. En esta línea de pensamiento,
Jakobs, comentando los pormenores de los delitos de encuentro, dis-
tingue varias modalidades: por un lado, en algunos delitos sólo la
interacción de varias personas de distinta trascendencia social hace
posible un comportamiento delictivo frente al interviniente situado en
posición de inferioridad. Por otro lado, distingue en la medida en que
los partícipes son del mismo rango, en el cual habrá que distinguir a
su vez varias modalidades: cuando se trata de la prohibición de lesionar
a otro incluso a pesar de la colaboración del lesionado; determinadas
personas no pueden ser autores de un delito; si el motivo no excluye
la responsabilidad por autoría, es válido también para la responsabilidad
del partícipe, también la participación es impune; entre otros⁴².

La jurisprudencia alemana propugna la punibilidad del interviniente
necesario, cuando el mismo induce al hecho a la otra parte o la ayuda
en una "forma que sobrepase su papel"⁴³. Es decir, según el Tribunal
Supremo de la República Federal Alemana: a) Si la intervención del
sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, per-
manece impune la conducta. b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la in-
tervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma
innecesaria, su conducta debe castigarse. En España, Mir Puig se aparta
de este planteamiento y sostiene que si el sujeto pasivo constituye
siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar
*en todo caso impune*⁴⁴.

⁴² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo, Madrid, 1997, ps. 840 y ss.

⁴³ JESCHECK, 1981, vol. 2, p. 969.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 208 (las cursivas son del texto original).

4. La corrupción de funcionario en el contexto de la criminalidad organizada

4.1. Algunas notas con relación a la criminalidad organizada

Hemos visto las dificultades que plantea la intervención de un sujeto o varios sujetos cuando la estructura típica necesariamente exige tal "colaboración" para la respectiva consumación. Ahora nos enfrentamos con el siguiente inconveniente: cuando todas esas intervenciones se realizan en un contexto donde existe una estructura jerarquizada, con férreas normas de funcionamiento interno, donde el poder decisorio recae en su cúpula, que tiene además una multitud de medios y sujetos dispuestos para llevar a cabo sus fines no necesariamente lícitos, sino que lindan con lo delictivo, cumpliendo simplemente las órdenes dadas desde arriba.

Sabido es que la distinción entre autoría y participación se complica gravemente cuando el delito es cometido ya no por varias personas, cada una con distinto grado de intervención en su realización delictiva, sino que esas mismas personas son integrantes de grupos u organizaciones en cuyo seno se han diseñado planes conjuntos o han decidido la realización de acciones delictivas. En consecuencia, la palabra "organización" resulta esencial en toda definición del llamado crimen organizado⁴⁵. Empero, organización no significa necesariamente cierta ordenación jerárquica de sus integrantes, ni una clara delimitación de funciones y competencia interna en un esquema rigurosamente estructurado. Es decir, puede darse el caso de que dichas normas y estructura organizativa no sean tan rígidas, sino que exista, más o menos, un grupo de individuos que se juntaron sobre la base de un reparto de roles y tareas, y que se elija a uno de ellos como su jefe o cerebro de grupo, seguramente por su capacidad y destreza técnica, con lo cual se plantea el discutido tema del "jefe de la banda", y su respon-

⁴⁵ Es innegable el parentesco que existe entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo y el crimen organizado. Este parentesco ya estaba en el pensamiento de su fundador, Edwin Sutherland, quien había señalado que, en el fondo, el delito de cuello blanco siempre era crimen organizado (Así, VIRGOLINI, 2004, p. 187).

sabibilidad jurídico-penal en hechos ilícitos que cometan sus subordinados. Debe quedar fuera de la concepción de "criminalidad organizada" el concepto de "banda", que sería un grado menos en la organización.

Según las Conclusiones del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el listado de delitos figuran diecinueve modalidades de la delincuencia organizada, entre ellos el soborno y cohecho de funcionarios públicos, soborno y cohecho de funcionarios de partidos políticos, y soborno y cohecho de representantes elegidos⁴⁶. Existe, entonces, una criminalidad organizada para realizar delitos de cohecho, o mejor, asociaciones ilícitas para el soborno. En este sentido, en el contexto peruano, la mencionada ley 28.355 también modifica la redacción del delito de asociación ilícita (art. 317, Cód. Pen.), sancionando ahora al que "...forma parte de una organización...", cuando antes sólo se mencionaba el hecho de "...ser miembro de la agrupación".

Siguiendo en el Derecho peruano, cobra relevancia la temática de la criminalidad organizada en el ámbito funcional, pues la aplicación de algunas de las "leyes anticorrupción" tiene como presupuesto la existencia, precisamente, de una criminalidad organizada que se gesta "desde el Estado", por parte de sus integrantes (sobre todo la legislación anticorrupción apunta a aquellos funcionarios públicos que tienen la prerrogativa de acusación constitucional). En tal orden de ideas, por ejemplo, la ley 27.378 lleva como título "Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada". Asimismo, el artículo 1º de la referida ley tiene su ámbito de aplicación en la medida que sean: "1) Perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos". En otro contexto, la ley 27.379 establece que las medidas limitativas previstas en la ley podrán dictarse, entre otros casos: (art. 1º, numeral 1) a delitos perpetrados "...por una pluralidad

⁴⁶ En este sentido: BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Ensayo de un nuevo modelo teórico), Buenos Aires, 2000, p. 12.

de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o *hayan intervenido funcionarios o servidores públicos...*” Reitera la misma ley (art. 1º, numeral 2) que “...siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una *organización de criminalidad*”.

4.2. *Las vías de imputación individual utilizables para imputar comportamientos en el marco de la criminalidad organizada*

Como es sabido, Argentina y Perú se adscriben en el sistema de

imputación penal exclusivamente individualista propio de las concepciones dogmáticas del injusto personal, y esto, obviamente, imposibilita la imputación como la respectiva aplicación de la pena directamente a “organizaciones criminales”. Sin embargo, habrá que tener en cuenta lo siguiente: el conocimiento dogmático del Derecho vigente es presupuesto necesario para su acertada reforma. Antes de recurrir a modificaciones legislativas, la dogmática, que es el punto de partida y el límite máximo de interpretación, intentará todo tipo de soluciones en el marco de su propia ley. Sólo así se comprobará con rigor que si no hay otra solución, con frecuencia se preferirá la reforma legislativa. Pero no pretendo esta última solución, porque la dogmática jurídico-penal y el Derecho positivo contemplan algunas posibilidades de imputaciones individuales. Una de las opciones se encuentra tipificada como infracción penal, que es la asociación ilícita, pero también se enfrentaría con la siguiente dificultad: que las vías de imputación individual —ya sea desde la Parte general o la Parte especial— ponen el acento en aquel sujeto —o sujetos— que está situado jerárquicamente por encima de todo el personal por tener el control máximo de la organización. El problema se presenta porque no será el único miembro —por la pluralidad de personas que existen al interior de una organización o asociación criminal— que responderá penalmente por los delitos cometidos.

En suma, las vías de imputación individual utilizables en la criminalidad organizada son:

a) En el ámbito de la autoría delictiva (dolosa) se ha pretendido el uso de las fórmulas de la *coautoría*⁴⁷, por la concurrencia de varias

⁴⁷ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*.

personas en forma inmediata y mediatamente, para situaciones de responsabilidad de las decisiones al interior de un grupo. Muñoz Conde dice que dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría—agrega el autor—es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en la ejecución. "Sólo así pueden calificarse también como autores de un delito, por ejemplo, no sólo al jefe y dirigentes de la banda que asuman funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con o que son parte integrante fundamental de la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo, vigilancia o transporte".⁴⁸ A mi entender, no veo que esta alternativa de imputación sea la más adecuada, porque según la propia definición de la coautoría funcional, los que dan las órdenes y el ejecutor directo ni siquiera se conocen y en modo alguno se hallan entrelazados sus comportamientos. La orden sólo tiene una única finalidad: desencadenar la acción típica.

trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 611; JAKOBS, 1997, p. 784: "Sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación de una unidad que abarque diversas aportaciones ejecutivas". RIGHI, Esteban y FERNÁNDEZ, Alberto, *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Buenos Aires, 1996, p. 303.

Como es sabido, la coautoría se rige por el principio de imputación recíproca, y sus requisitos son: decisión común (aporte subjetivo del hecho), que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas, en otras palabras, el acuerdo de voluntades. Luego tenemos la realización común (aporte objetivo del hecho), que se fundamenta en el principio de trabajo, que a su vez se apoya en dos aspectos: a) plan común, y b) contribución objetiva a la realización del hecho. Además, cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás, formando un todo unitario, realizando en la etapa de los actos de ejecución. Así, el art. 23 del Cód. Pen. peruano estatuye: "los que tomaran parte en la ejecución...".⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?*, en DONNA (dir.), *Revista de Derecho Penal*, N° 2001-2, Santa Fe, ps. 761 y 762.

Por otro lado, en estructuras verticales se recurre, generalmente, a la calificación jurídica de la *autoría mediata* del superior jerárquico⁴⁹. Efectivamente, la doctrina penal ha ventilado determinados supuestos donde el instrumento (humano) es dominado por la voluntad de un "hombre de arriba" ubicado en un aparato organizado de poder⁵⁰. Esta

⁴⁹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo, Madrid-Barcelona, 1998, ps. 257 y ss.; del mismo autor: *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder*

organizados, trad. de Carlos Elbert, en *Doctrina Penal*, 1985, Buenos Aires, p. 402; MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, 2, trad. de Jorge Bofill Genssch, Buenos Aires, 1995, p. 355; STRA-

TENWERTH, 1999, p. 242; HIRSCH, Hans Joachim, *Acercas de los límites de la autoría mediata*, trad. de Esteban Sola Reche y Michele Klein, en *Derecho Penal. Obras Completas*, Santa Fe, t. I, p. 210. Este autor se muestra cauteloso y afirma

que puede admitirse la autoría mediata en estos supuestos cuando "...el autor inmediato no puede, en virtud de la orden dictada, formar una decisión psíquicamente libre sobre su acción [...] si éstos no concurren, el autor inmediato es quien domina la

realización de la acción y no quien le manda. Cuestión aparte —agrega el autor— es la de en qué medida podría ser apreciado un supuesto de coautoría". AMBOS, Kai

y GRAMMER, Christoph, *La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Una cuestión de dominio del hecho por organización*, trad. de Eugenio Sarabay, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año

IX, No 16, Buenos Aires, 2003, p. 168; SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto*

personal de acción. Un circunscripción al disvalor de acción, Buenos Aires, 1991, p. 713; *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988, p. 29; BA-

CIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, 1999, p. 510; *y normas complementarias*, 2, Buenos Aires, 2002, p. 163. En forma implícita: ABO-

SO, Gustavo E., *Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo alemán (Bus-*

desgerichtshof), en L. L. 1999-B-563.

⁵⁰ En este sentido: AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores apor-*

taciones, en *Themis*, No 37, Lima, 1998, p. 188, afirma que "Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen entre todos es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado". Prosigue el autor que "Si la situación es diversa, es decir, si las 'actitudes criminales' son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del 'crimen organizado de modo similar a la mafia', y por tanto en el grupo de casos aquí ana-

forma de autoría mediatas ya no responde sobre situaciones donde el "hombre de adelante" actúa sobre la base de engaño o coacción, que en muchas ocasiones obra de forma plenamente responsable (autor directo), sino que ahora será sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y sobre la dirección (dominio) de la organización.

Los órganos decisores dentro de una organización criminal son los denominados "autores de escritorio" o "autores de despacho", que en sí mismos no colaboran en la ejecución (o durante la ejecución) del hecho punible, pero tienen propiamente el dominio del suceso típico, porque al disponer de la organización cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del "aparato" en la ejecución del hecho⁵¹. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal⁵². La cadena de mandos de esta forma operativa supone que la responsabilidad se hace mayor cuando se acerca gradualmente a la fuente de poder, e inversamente menor cuando se aproxima al ejecutor material del hecho.

También es posible encontrar la doctrina de autoría mediatas en aparatos organizados de poder en la práctica judicial⁵³. El máximo

⁵¹ Véase, en este sentido, STRATENWERTH, 1999, p. 315.
⁵² Así, STRATENWERTH, 1999, p. 242, indica que el "...aparato de poder, sin embargo, no debe tener necesariamente carácter estatal; incluso, dentro de un sindicato de delinquentes se puede dar un dominio comparable en la organización".

⁵³ En Argentina, cobró importancia para los juzgamientos de los militares de las Juntas Militares, que gobernaron dicho país entre los años 1976 y 1983; Kai Ambos cita la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, que advierte lo siguiente: "Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo [...] En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlaban el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria [...] El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. ¿Quién domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que la integran" (citado por REYNA AL-FARO, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y Parte especial*, Lima, 2002, ps. 145-146).

Asimismo, existe la siguiente ejecutoria: "Es posible considerar como autor de un delito a quien, si bien no ha ejecutado directamente la figura típica correspondiente,

exponente de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder lo es Claus Roxin, quien esbozó una revolución en este campo, como consecuencia del gobierno nacionalsocialista alemán en el período de 1943 a 1945. La tesis apuntaba a raíz del "caso Eichmann" en el año de 1963. Adolf Eichmann era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros⁵⁴. Eichmann no cooperó ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limitó a pertenecer a eslabones "intermedios" de los mandos decisivos de la organización. Es decir, dicho sujeto con sus manos no hacía nada, no mataba a nadie, se trataba del "burócrata" o "autor de despacho" que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato. Lo característico de la autoría mediatra, para esta hipótesis, es la responsabilidad predominante del autor mediatro en virtud de su superior dominio en la decisión. Roxin explica que la fundamentación

ha mantenido total o parcialmente el dominio final de los acontecimientos mediante la utilización de una estructura organizada de poder, no siendo imprescindible que se halle en la cúspide de la estructura de poder, bastando la realización de su parte de conducta, aun en una relación de subordinación, que tienda a mantener en funcionamiento la mencionada organización" (en DONNA, DE LA FUENTE, MAIZA y PINA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Santa Fe, 2003, p. 456).

⁵⁴ El fundamento del dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann también puede encontrarse en su defensa realizada por su abogado: "el defensor de Eichmann señalaba a su favor que de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataron a Heydrich. Aquí estaba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor..." (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* cit., p. 271).

Pero también se lo aplicó, en Alemania, para los casos del "Consejo Nacional de Defensa". Se trata aquí del caso de los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal, o que los mataban colocando minas antipersonales. El BGH consideró a los guardas de fronteras como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, 31; 40, 232), pero condenó también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, a los que consideró responsables de las órdenes de matar, como autores mediatos.

de la autoría mediata radica en el denominado "dominio de la voluntad", porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediano no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino "en el poder de la voluntad conductora".

b) En el terreno de la participación criminal se ha admitido la figura de la *inducción*⁵⁵ del superior jerárquico sobre sus dependientes, porque se entiende que estos últimos —que son ejecutores directos— en la mayoría de las situaciones tienen o mantienen una cuota de responsabilidad de dominio autónomo de los sucesos, porque poseen, entre otras cosas, el sistema de información. En esta línea se ubica Donna, quien sostiene lo siguiente: "Pues bien, esta persona situada detrás de un autor libre tiene a nuestro juicio nombre y apellido, esto es, un inductor. Decirle a este sujeto autor es ampliar desmedida y peligro-samente el campo de la autoría, en desmedro de conceptos que están firmes y legalmente reconocidos"⁵⁶. El mismo autor anota que "...no es posible aceptar la teoría del autor detrás del autor o que pueda existir un autor detrás de un autor que decidió libremente su acción"⁵⁷. Asimismo, autores como Herzberg y Köhler entienden que en los casos de dominio organizativo los delitos cometidos por los ejecutores deben imputarse a los que se encuentran en las altas esferas del poder a título de inducción. La crítica incide en que el concepto de inducción exige muchas veces una relación directa entre inductor e inducido que no

⁵⁵ Según el art. 24 del Cód. Pen. peruano, es instigador "...quien determina a otro a cometer el hecho". Por lo tanto se necesitan dos elementos: a) Objetivamente, la causación imputable, mediante un influjo psíquico de suficiente intensidad en otro, que con relación a los medios puede ser mediante consejos, una solicitud, una pro-vocación, etc. b) Subjetivamente, que dicha causación sea dolosa. Aquí se discute el caso del "agente provocador", que es aquel instigador que sólo quiere que el hecho principal sólo llegue al grado de tentativa. Es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría. No puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya estaba decidido a cometer el hecho concreto. El instigador responde en la medida en que el hecho principal concuerde con su dolo. El hecho al que se instiga debe ser consumado o, cuando menos, constituir una tentativa. La instigación puede cometerse en la mo-dalidad de coinstigación y la instigación accesoria. Tienen la misma penalidad el autor e instigador.

⁵⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Santa Fe,

2002, p. 80.

se da en este tipo de situaciones, pues es evidente que quien da la orden es quien en última instancia domina el suceso delictivo. También Malamud Goti sostiene que como "...suceden de la autoría mediata puede construirse la responsabilidad de los funcionarios superiores como investigadores. Pero este procedimiento exige, una vez más, la existencia de dolo de los agentes, conforme al principio de accesoriedad"⁵⁸. Siguiendo con los partícipes, también se ha acudido a la fórmula de la *complicidad*⁵⁹, especialmente la primaria (cooperación necesaria), de los directivos o jefes en los hechos delictivos cometidos por los subordinados.

⁵⁸ MALAMUD GOTI, Jaime, *Política criminal de la empresa. Cuestiones. Alter-nativas*, Buenos Aires, 1983, p. 39.

⁵⁹ La complicidad criminal tiene dos clases: *la complicidad primaria y secundaria*. En la primera pasa centralmente por delimitar dos cuestiones: a) Cuando se está frente a una complicidad primaria y cuándo a una coautoría. b) Cuando se dice que la "colaboración" o "auxilio" es causal para la realización del hecho principal, o simplemente no es necesario. En la primera cuestión, el art. 25 del Cód. Pen. peruano al decir "...sin el cual no se hubiere perpetrado", lo que está describiendo es que la conducta del cómplice primario, en cuanto a su aporte, tiene que evaluarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta teoría, es causa de un resultado penalmente relevante (*conditio sine qua non*) toda condición que no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Para algunos autores, basta con que la conducta esté dirigida a favorecer o facilitar el hecho principal, que tenga una mínima conexión con la ejecución de éste. Para otros, por el contrario, se requerirá además una eficacia causal concreta de esa conducta en el resultado. LÓPEZ PEREGRIN, M^a Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, p. 223, acota que la "sola aplicación de los criterios de imputación objetiva a la participación permite extender a este ámbito las garantías que se derivan de la aceptación de la norma penal como norma de motivación, dirigida a la prevención a través de la prohibición de conductas peligrosas". La conducta del cómplice, en términos de imputación objetiva, no puede ser catalogada objetivamente como peligrosa *ex ante*, porque, como es sabido, para decidir la peligrosidad de la conducta se suele recurrir al juicio de adecuación. Se olvidan que si bien la causalidad es un requisito indispensable para esta temática, no es el único requisito objetivo para imputar un resultado. Tiene que plantearse la diferencia entre el ámbito ontológico y el normativo de la relación causal. En la complicidad primaria, el auxilio o colaboración del sujeto tiene que desarrollarse (siguiendo para ello a la accesoriidad cuantitativa, la secuencia del *iter criminis* externo) en la fase de los actos preparatorios, porque si se realiza en la etapa de ejecución, los aportes del cómplice se confundirían con los aportes de los coautores; claro que uno "ayuda" y, en cambio, el otro "ejecuta", pero en ambos casos será esencial, y en la práctica será difícil separarlos. MIR PUIG, 1996, ps. 406

5. A modo de conclusión

El sistema de tipificación en el delito de cohecho llevado a cabo tanto en Argentina como en el Perú está pensado en modelos que ya no responden a tiempos actuales, esto es, que los funcionarios y servidores públicos eran fundamentalmente catalogados como honestos, que nunca podría dudarse de su honestidad, y que los particulares los verdaderos corruptos dentro de la administración pública y quienes, en definitiva, impulsaban al cometimiento ilícito de la "coima". Así, el empeño de algún sector doctrinal de seguir sosteniendo como regla general que el cohecho, como acuerdo venal, debe necesariamente surgir de la iniciativa del particular corruptor, parece —actualmente— colapsar. Por tal motivo, el esquema de análisis del cohecho en los textos penales responde a una dualidad de *nomen juris* destasada: "activamente" al particular (quien lleva adelante la conducta corruptora) y "pasivamente" al funcionario o servidor público (que es quien se deja corromper). Pero esta realidad ha cambiado, y ahora en muchas ocasiones es el mismo funcionario público quien toma la iniciativa y solicita directamente algún medio corruptor previsto por la ley.

La criminalidad organizada es todavía una grave asignatura que casi todos los Estados aún tienen pendientes, que debe ser resuelta a través de un genérico cuadro de medidas para hacer frente a dicho

y 407, sostiene que la cooperación necesaria del art. 28, b, del Cód. Pen. español debe tener lugar en la fase preparatoria o, si es simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, pues de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo, del Cód. Pen. español. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en principio en coautoría en sentido estricto. En cambio, no existe ninguna dificultad para que la "complicidad" del art. 29 del Cód. Pen. pueda prestarse tanto mediante actos anteriores (preparatorios) como simultáneos.

En la *complicidad secundaria*, se entiende que el aporte puede hacerse en la fase de los actos preparatorios, como en los actos ejecutivos, ya que su aporte no es esencial para efectos del plan total de cara a realizar el tipo penal. Así, por ejemplo, la segunda parte del artículo 25 del Cód. Pen. peruano establece la complicidad secundaria "de cualquier otro modo". Esto se corrobora, por ej., en el Cód. Pen. español (art. 29), que estatuía: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

fenómeno social y criminógeno. La criminalidad organizada es en el fondo un concepto criminológico, que abarcaría desde las manifestaciones mafiosas tradicionales a modernas formas de criminalidad características de la sociedad de riesgos: la criminalidad medioambiental, la economía financiera, o incluso el fenómeno de la corrupción. En tal virtud, en la criminalidad organizada pueden cometerse hechos punibles que tengan como objetivo afectar intereses de la administración pública. En consecuencia, actualmente los actos de corrupción no se producen, generalmente, en virtud de partes individuales, sino en virtud de "partes organizacionales" (empresas y organismos públicos), donde lo "activo" y "pasivo" de la realización típica del cohecho responden a intereses de grupos. En todo caso, habría que hacer la distinción entre un "acto" o un "caso" de corrupción, que en líneas generales resulta compatible con la redacción del modelo penal de definir actos individuales, y los "sistemas" de corrupción.

Hay una diferencia social y política fundamental entre los delitos vinculados con la corrupción y la comisión de algunos delitos convencionales, como el homicidio. En este caso, salvo situaciones excepcionales, no es habitual que los habitantes de una sociedad maten a otros. El Estado previene esa violencia y finalmente las agencias de control formal se ocupan de detectar y en su oportunidad de sancionarlos. En el fenómeno de la corrupción el punto de vista gira en torno diferente, porque las conductas que tienen como objetivo sobornar (a funcionario público) tienen como característica la habitualidad y son, muchas veces, toleradas socialmente más que otros delitos.

La autoría y la participación en el seno de organizaciones (como en el "caso Eichmann"), sin lugar a dudas, traen a colación la figura de "autores detrás del autor" (autor mediató con ejecutor directo doloso, o mejor dicho: "arriba del autor"). En otras palabras, unos de los problemas que debe enfrentar la autoría mediató en estructuras jerárquicas es cuando el instrumento humano—el subordinado—obra consciente y voluntariamente en el hecho criminal. Esto nos lleva a la temática, aún no resuelta en la doctrina con claridad, del denominado "instrumento doloso" (*doloses werkzeug*)⁶⁰. Como bien señala Rodríguez

⁶⁰ En el instrumento doloso se distinguen dos situaciones:

a) Si el ejecutor directo actúa con la voluntad requerida por el dolo pero sin la

Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediatum y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediatum⁶¹. Pues el recurso de la autoría mediatum acabaría sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva.

Lo que sí es claro es que en la autoría mediatum, en estructuras jerárquicas puede admitirse una coautoría, ya que no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto (coautoría entre autores mediatos). Ahora bien, cada actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación. Quien solamente actúa en función de consejo, quien proporciona medios de existencia, será considerado cómplice. De la misma forma el denunciante que está fuera del aparato sólo es un investigador, porque él puede influir en la decisión de otro a cometer delitos⁶². El

especial intención o elemento subjetivo distinto del dolo o del injusto que requiere el tipo penal ("instrumento doloso sin intención"). Son razones subjetivas que lo impiden. Para suplir esto, se propuso considerar autor mediatum al instigador y cómplice al ejecutor inmediato.

b) Si el ejecutor directo actúa con pleno conocimiento, pero no concurre la calidad personal que el tipo exige para ser autor idóneo ("instrumento doloso no cualificado").

Son razones objetivas. A su vez, cabe distinguir dos casos: posible autoría mediatum del sujeto no cualificado (*extraneus*), que se sirve de un cualificado (*intraneus*) para realizar un delito especial, y posible autoría mediatum del *intraneus*, que se sirve del *extraneus* para realizar el delito. En el primer caso, se parte de la premisa de que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona, vale decir, quien no puede ser autor directo, no puede ser autor mediatum. En delitos especiales propios, como el instrumento no realiza un hecho principal en el que fundamentar la responsabilidad del extraño, no cabe acudir ni a la inducción ni a la complicidad, por lo que la conducta del instigado sería impune. En los delitos especiales impropios, por el contrario, no habría problema en considerarlo autor mediatum o indirecto del delito común básico que aparece conectado con el delito especial. En el segundo caso, nada impide que un sujeto cualificado utilice a otro no cualificado como instrumento para cometer un delito especial. Acta impera el principio inverso del caso anterior, quien puede cometer un delito por sí mismo, puede realizarlo a cabo también mediante un instrumento. Quedan exceptuados los delitos de propia mano.

⁶¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El autor mediatum en Derecho Penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, p. 467.

⁶² ROXIN, *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organiza-*

dominio de la organización necesita, en definitiva, una mejor fundamentación (¿se trata de una fungibilidad "abstracta posterior" en vez de "concreta"?), que entienda normativamente el principio de la responsabilidad. No debe olvidarse, además, que en el autor mediato—no en el instrumento—también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual.

Jurisprudencia

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

por MARÍA CECILIA MAIZA

VIOLACIÓN DE PRUEBA, REGISTROS Y DOCUMENTOS (Art. 255 del Cód. Pen.)

1. El delito de violación de medios de prueba (art. 255, Cód. Pen.) se encuentra ubicado en el Capítulo V del Título XI del Código Penal, en el cual la ley se propone tutelar el interés del Estado en la preservación de ciertos objetos y documentos que se encuentran bajo su custodia. 2. La figura de la violación de medios de prueba (art. 255, Cód. Pen.) establece como una de las acciones típicas la de sustraer, es decir llevarse o sacar los objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente.

3. Requisito común a todos los objetos enunciadados en la figura de la violación de medios de prueba (art. 255, Cód. Pen.) es que los mismos se encuentren confiados a la custodia, y puesto que estamos en el campo de los delitos contra la administración, habrá de tratarse de una custodia oficial o legalmente instituida, por lo que se descarta la entrega en virtud de una particular confianza en el depositario.

4. El delito de violación de medios de prueba (art. 255, Cód. Pen.) no requiere un dolo especial. Así pues, los motivos y el designio por los que o para que delinque el autor resultan indiferentes frente a la ley. Por ello, en estos casos basta con el conocimiento de que su conducta quebranta la custodia oficial, de que los objetos sometidos a la misma tienen alguno de los destinos especificados en el tipo, y la voluntad de llevar a cabo la conducta descrita en el respectivo tipo penal.

5. La ley procesal (art. 324, inc. 2º, CPP) confía a la custodia de los

oficiales y auxiliares de la policía judicial todos aquellos instrumentos del delito, los cuales deben ser mantenidos, empleando las seguridades pertinentes al caso, hasta que tome intervención el representante del Órgano Público de la Acusación. Adquieran por voluntad de la ley el carácter de depositarios de los efectos sin que se requiera una disposición expresa que les confiera tal condición. Entonces, si los miembros de dicha policía judicial, acusados en la presente causa, en momentos en que se encontraban de servicio, después de interrumpir los actos dispuestos por otro imputado—con el fin de concretar su finalidad furtiva—, quitaron de su propia esfera de custodia los instrumentos del referido delito, resulta correcto encuadrar dicha conducta en el delito de violación de medios de prueba (Cód. Pen., art. 255).

6. La agravante del delito de violación de medios de prueba, en razón de ser el sujeto activo el depositario de los mismos (art. 255—1ª párr., ult. pte.—, Cód. Pen.), no exige que el depositario abuse de ese carácter para quebrantar la custodia, sino que el solo hecho de la calidad de depositario sumado al de quebrantamiento de la custodia ya da lugar a su comisión.

TSJ de Córdoba, Sala Penal, 26-5-2004, "S., J. A. p. s. a. Violación de medios de prueba—Recurso de casación—" (Dres. Cature, Tarditti, Rubio), sent. 43, elDial del 15-10-2004, Suplemento Córdoba

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD (Art. 239 del Cód. Pen.)

I. Bien jurídico

a) El tipo penal de la resistencia a un funcionario público, previsto por el artículo 239 del Código Penal, tiende a la protección del bien jurídico "Administración Pública", que se vincula con el aseguramiento del normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, al tener esta figura por finalidad específica impedir toda perturbación violenta al ejercicio de las funciones propias de la autoridad competente. Esta concepción del bien jurídico "Administración Pública" responde por otra parte adecuadamente a las diversas concepciones sobre el valor que debe otorgarse a los bienes jurídicos, las que resultan más adecuadas a las exigencias derivadas de nuestro ordenamiento constitucional. Según ellas, los bienes jurídicos

son situados en el terreno de lo social, reclamando que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, traduciéndose además en la conformación de concretas posibilidades para el desarrollo del individuo. De tal forma se asegura la vigencia simultánea de aquellos que pueden ser considerados los principios fundaméntales del moderno Derecho Penal, el bien común político y la dignidad humana.

Al respecto, no cabe duda de que el normal desenvolvimiento de sus funciones por parte de los órganos estatales, y el castigo a toda perturbación violenta del ejercicio de sus funciones específicas, configura una condición de funcionamiento de todo sistema social civilizado, permitiendo asimismo a los integrantes de la sociedad el adecuado desarrollo de sus potencialidades, bajo la tutela de un Estado que respeta y hace respetar las reglas básicas de convivencia receptadas y reflejadas en las normas constitucionales y demás legislación vigente.

b) El objeto de la tutela es el interés público concerniente al normal funcionamiento y prestigio de la administración pública en sentido lato, en lo que atañe a la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, seguridad, libertad, decoro funcionales, así como al respeto debido a la voluntad del Estado en orden a determinados actos o relaciones de esa misma administración; y el acto que se pretende realizar, o que ha dado comienzo, puede ser meramente ejecutivo, deliberativo, coercitivo, específicamente encomendado por el ordenamiento legal, o por otras órdenes emanadas de autoridades superiores, como los resultantes del deber genérico de desplegar su actividad en la forma más eficaz para la consecución de los fines del oficio o servicio público, con lo que resulta difícil entender el estrechamiento funcional, pretendiendo que el hecho analizado es atípico (voto del Dr. Borinsky).

Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 6-7-2004, "G., C. A.", c. 1628 (Registro de Presidencia Nº 8599)

II. Tipo objetivo

La conducta de resistencia, en sentido material, consiste en el esfuerzo físico llevado a cabo por el sujeto activo con el objeto o la consecuencia de sustraerse al cumplimiento de una orden, exigiendo como respuesta el consiguiente empleo de la fuerza por parte de la autoridad,

en una medida superior a la ordinaria. Aun cuando el Código Penal vigente fusiona en una misma norma (art. 239) los tipos penales de la resistencia y la desobediencia a un funcionario público en el legítimo ejercicio de sus funciones, ello no implica desconocer el diferente contenido que debe asignarse a las conductas que configuran el supuesto de hecho de cada uno de estos tipos penales. A tales efectos cobra particular importancia el recurso a los antecedentes legislativos nacionales, pues brindan una cabal idea sobre el contenido que a los conceptos penales se adjudicó a lo largo de la evolución operada en nuestra cultura jurídica.

En tal sentido, cabe destacar que el contenido asignado a la conducta típica de resistencia, con un alcance equivalente al otorgado en párrafos precedentes, se veía con diáfana claridad en la redacción otorgada al artículo 238 del Código Penal por la ley 17.567, por cuanto establecía que "Será reprimido con prisión de dos meses a tres años, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia en virtud de un deber legal o a requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones". A su vez, el sujeto pasivo de este delito es el funcionario público que se encuentra en ejercicio de funciones específicas, siendo el objeto específico de protección de la norma asegurar la libertad de acción de esta persona, cuando actúa dentro de su esfera de competencias.

Cuando se trata de un funcionario policial, en razón del contenido asignado al bien jurídico protegido por la norma de referencia, no puede circunscribirse el ámbito de ejercicio de legítimas y específicas funciones de tales agentes públicos a la prevención de la posible comisión de conductas ilícitas. Al contrario, constituye el ejercicio de una legítima y específica función por parte de un funcionario policial el mantenimiento del orden en el ámbito de una dependencia pública, y por ende, como es el caso, cuando el desorden tiene lugar en una seccional policial; resulta en este último supuesto aún más evidente al sentido común que los sujetos que revisten tal calidad actuaron en dicho marco ejerciendo sus funciones de un modo merecedor y habilitante de la protección otorgada por la norma típica en cuestión. En razón de los argumentos expuestos cabe concluir que la conducta atribuida al acusado —que en el interior de la seccional policial se encontraba discutiendo en forma acalorada con su ex pareja y al intentar avanzar hacia ella en forma ofuscada, y exaltado, fue tomado

de los brazos por dos policías con el objeto de calmarlo, produciéndose un forcejeo pues el acusado intentaba soltarse, debiendo sumarse luego otros efectivos policiales, hasta lograr reducirlo— encuadrado dentro del tipo objetivo del delito de resistencia a la autoridad contenido por el artículo 239 del Código Penal, ya que el esfuerzo físico que llevó a cabo tuvo por consecuencia sustrarse de la orden implícita, pero evidente, de desistir de los desórdenes que estaba produciendo y de mantener la calma, dada por los policías, exigiendo como respuesta por parte de dichos funcionarios el empleo de la fuerza en una medida superior a la que racionalmente puede tenerse como ordinaria. Dicha conducta afectó al bien jurídico protegido por la norma de referencia, toda vez que durante su desarrollo perjudicó claramente el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función por parte de funcionarios integrantes de uno de los órganos del Estado, que se encontraban ejerciendo legítimamente funciones dentro de su ámbito propio de competencia (voto del Dr. Mahiques al que adhirió el Dr. Horteil).

Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 6-7-2004, "G., C. A.", c. 1628 (Registro de Presidencia Nº 8599)

1. *Distinción entre atentado y resistencia*

Por de pronto, si acudimos al diferenciador temporal, el atentado es posible antes que el acto del funcionario haya sido objeto de resolución, y después que la resolución ha sido tomada, como es el hecho que se describe en el veredicto, sólo es posible la resistencia. Además, si la explicación delimitadora de parcelas no alcanza cuando lo que se busca es un no hacer, de acuerdo a la impecable doctrina de "Palienko" (cfr. CCCor., Fallos, t. V, ps. 747 y ss.), el atentado a la autoridad consiste en imponer al funcionario que haga, o se abstenga de hacer algo propio de su función, que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado por él. En cambio, cuando la voluntad del funcionario pasa a la etapa de la ejecución, adquiere el carácter de una orden con destinatario, y si hay oposición a la misma, se llama resistencia a la autoridad. En definitiva, como enseñaba Sebastián Soler (cfr. *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1963, t. V, p. 93), el atentado es una forma de usurpación de autoridad, en la que el sujeto se sirve del órgano del Estado, sin suplantar, tratando de hacerle ejecutar, mediante coacción, como acto de autoridad legítima

una resolución personal y privada. La resistencia en cambio, agrega-
ba, coloca siempre al delincuente, objetiva y subjetivamente, en la
situación de destinatario o testigo de una orden auténticamente esta-
tal, de una orden ajena a la cual se opone. En un caso se quiere hacer
de autoridad, pero no por mano propia; en el otro, se pretende que la
autoridad no pueda hacer. En otras palabras, en el atentado, la volun-
tad de hacer o no hacer es la del autor, que la impone al funcionario,
mientras que en la resistencia, la voluntad del acto emana del funcio-
nario, y el autor se opone a su ejecución (voto del Dr. Borinsky).

Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala III, 6-7-2004, "G., C. A.",
c. 1628 (Registro de Presidencia Nº 8599)

a) La figura contenida en el artículo 239 del Código Penal sólo
requiere para su configuración de la realización por parte del sujeto
activo de una conducta demostrativa de la voluntad de resistir una
orden de la autoridad. Como lo ha señalado calificada doctrina, lo
decisivo en el delito de resistencia a la autoridad es la existencia de
una decisión funcional que haya originado una orden ejecutable
contra alguien y el actual ejercicio de la actividad de un funcionario
público encaminada al cumplimiento de dicha orden (conf. Creus,
Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, t. 2, p. 223). En el mismo
sentido Edgardo Donna afirma que "...el presupuesto indispensable
del delito de resistencia a la autoridad es que debe existir una orden,
dado que la actividad de la autoridad debe haber llegado al punto en
que se concreta en una disposición ejecutable contra alguien" (conf.
Donna, Edgardo, *Delitos contra la administración pública*, p. 63).

b) No se configura el tipo penal del artículo 239 del Código Penal
cuando el hecho probado tuvo lugar "...en momentos en que la
comisión policial ingresaba al sector de calabozos a fin de proceder a
cumplimentar el traslado del detenido R., sin mencionar en ningún
momento que los funcionarios hubieran impartido orden o instruc-
ción alguna a las personas que se encontraban en el interior de los
calabozos", concluyendo que los encartados emplearon la fuerza
contra los efectivos policiales antes de que estos últimos impartieran
directiva alguna hacia los mismos.
Entonces, siendo requisito del tipo penal que el acto de autoridad debe
contener una orden prescriptiva con un destinatario y que ésta sea
repelida y no constando como hecho probado que a los imputados se

les hubiera impartido orden alguna, es acertada la solución dada que consideró que la conducta achacada a los imputados no podía hallar encuadramiento legal en el tipo penal analizado (voto del Dr. Celestia al que adhirieron Mancini y Horteil).

Trib.Cas.Pen. de Buenos Aires, sala II, 15-6-2004, "Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal", c. 14.756

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

(Art. 265 del Cód. Pen.)

I. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que tutela este tipo penal es 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 plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.

CFed.CC.Corr, sala II, 14-3-2000, "D. M. N., M. R.", c. 16.132, P.J.N. Intranet

Aun cuando el bien jurídico tutelado en el tipo previsto para las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública es "...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 plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad...", no es esta mera sospecha lo que constituye este delito, sino una concreta acción del funcionario público en el ejercicio de su función que persigue intereses extraadministrativos. En este sentido se ha considerado que "...la actuación parcial de los órganos administrativos que define el ámbito de los injustos de este delito [...] deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea: al tomar, el funcionario, en la actuación administrativa [...] una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento), condicionando la voluntad negocial de la administración, por la inserción de un interés particular". Por ello, no corresponde inferir la existencia de una comunidad de intereses y sostener a partir de ello, en forma genérica, que el agente no ha actuado en forma imparcial mientras ejercía la función

pública sin apoyarse en actos concretos que demuestren que en ellos este persiguió intereses de la cocontratante de la administración, puesto que esta inferencia genérica no equivale a la descripción típica.

CFed.CC.Corr., sala II, 29-12-2000, "D., G. s/Inf. art. 265, Cód. Pen.", c. 18.342, PJN Intranet

II. Tipo objetivo

Concurren los delitos previstos por los artículos 248 y 265 del Código Penal en el dictado de una resolución contraria a las leyes nacionales aplicables, persiguiendo con ello beneficiar a las empresas concesionarias en el caso de una licitación cuyo pliego de bases y condiciones fue modificado extendiendo su vigencia por tres años más, en violación a lo establecido en el artículo 61, inciso b, del decreto 5720/72.

CFed.CC.Corr., sala II, 21-5-2002, "M., F. A. y otros s/Procesamiento", c. 19.781, PJN Intranet

Comete el delito previsto en el artículo 265 del Código Penal –negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas– el representante de la empresa estatal que decidió operativizar la contratación con una empresa privada en forma unilateral y que además convocó en forma privada a licitación y seleccionó discrecionalmente, en base a criterios que se desconocen, la empresa adjudicataria del servicio requerido.

CNCCorr., sala I, 22-6-2002, "G., E. A. y otros", D. J. 2001-1-798, CD L. L.

III. Tipo subjetivo

Para la configuración del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, basta cualquier móvil de interés privado distinto a los que deben gravitar exclusivamente sobre los actos sin importar que el interés no sea pecuniario porque el texto legal (art. 265, Cód. Pen.) no tutela sólo la hacienda pública sino el prestigio de la administración.

CFed. de Córdoba, Sala Penal, 20-8-80, "A., R. A.", CD L. L.

Un intendente municipal no puede invocar error o ignorancia de hecho

a los fines excusatorios, cuando es acusado de cometer el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, ya que como funcionario público debe dar cuenta de todos sus gastos y actos.

CCor. de Bell Ville, 25-3-99, "R., R. R.", CD L. L.

La acción punible prevista en el artículo 265 del Código Penal consiste en que el funcionario público actúe como parte interesada en una negociación y, simultáneamente, este mismo sujeto, representante al Estado en su manifestación negociadora. Es decir, exista un dobleamiento en la personalidad del funcionario público, con miras a obtener un beneficio. El funcionario público debe haberse interesado en un contrato o relación, introduciéndose en la voluntad negociadora de la administración pública, orientando la misma para producir un beneficio tenido en cuenta por el funcionario y que no se habría producido si las negociaciones contractuales entre las partes no se hubieran visto afectadas por la mentada injerencia. Esta actividad excede el hecho de ser doble parte en un contrato en un plano de igualdad con otros sujetos que potencialmente pudieron ser competidores. Si, como en el caso, el ente intervenido es una sociedad del Estado, la conducta de su interventor está regida por el artículo 271 de la ley 19.550 que faculta al director a celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere y siempre que se concierten en las condiciones de mercado. Por lo tanto, el interventor del ente puede celebrar y renovar contratos con empresas con los que estuvo ligado, siempre que se respetaran las condiciones de mercado y no existieran intereses contrarios.

CFed.CCor., sala II, "S., G.", BCFed.CCor., ago.-sept./93, p. 409, PJN Intranet

EXACCIONES ILEGALES (Art. 266 del Cód. Pen.)

I. Bien jurídico protegido

En el delito de exacciones ilegales el bien jurídico protegido no es el patrimonio, puesto que se trata de un delito contra la administración pública. Lo que la figura tiende a proteger es el buen servicio de los

empleados de la Nación, por lo que carece de relevancia que el perjuicio patrimonial ocasionado haya sido infimo.

CFed.CCort., sala II, 11-3-88, "F. F. J.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 468-10

El bien jurídico protegido mediante la penalización de las acciones contenidas en los preceptos de los artículos 266 y 267 del Código Penal es la administración pública, desde que se intenta preservar la regularidad y eficacia de la función pública en su sentido más amplio. El Estado expresa su voluntad frente a y sobre sus administrados a través de sus agentes calificados, y cuando éstos actúan a merced de la autoridad de la que están investidos, menoscabando patrimonialmente a sus víctimas, ofenden directamente al organismo del cual dependen jerárquicamente, titular del derecho que se habría lesionado y que los legitima para actuar como querrelante.

CFed.CCort., sala I, 16-4-98, "R., J. C. s/Ser tenido por parte querrelante", c. 29.580, PJN Intranet, J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.539

II. Tipicidad

1. Acciones típicas

a) Diferencia entre exacción ilegal y concusión

1. La figura delictiva de concusión contemplada en el artículo 266 del Código Penal se diferencia conceptualmente de la exacción ilegal desde que aquella no puede hacer suponer a la víctima como adeudada de regularmente al Estado la suma exigida, pues el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y su exclusivo beneficio, sin posibilidad de convertir por lo tanto en provecho propio el producto obtenido en la forma expresada; mientras que las verdaderas exacciones a que se refiere el artículo 268 son aquellas que, con sentido etimológico y jurídico, se configuran frente a la "exigencia extorsiva y engañosa de derechos o contribuciones no debidos al Fisco, únicos que pueden convertirse luego en provecho personal".

2. Para que se configure el delito de exacción ilegal es necesario que a quien se le exige el dinero tenga la creencia de que es un órgano del Estado a quien lo hace y que por ello debe pagar, y la

actitud se agrava como concusión, cuando el agente convierte en provecho el dinero obtenido.

SCJBA, 16-11-82, "D., O. L. y otros", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, ps. 468-11 y 472-46

Cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad, por lo tanto, de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera y no infringe por ello el artículo 268 del Código Penal sino, solamente, el artículo 266 del Código Penal. Esta hipótesis delictiva no es una de las exacciones contempladas en la primera de las citadas disposiciones, sino un delito autónomo e independiente: el de concusión, que encuadrará únicamente en el artículo 266 del Código Penal (voto del Dr. Fégoli).

CNCas.Pen., sala II, 5-11-98, "P., H. A. s/Recurso de casación", c. 1803, PJN Intranet

El texto del artículo 266 del Código Penal ofrece la particularidad de legislar la concusión junto con las hipótesis del delito de exacciones ilegales; el elemento diferenciador entre ambos tipos legales está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica: mientras que en el delito de exacciones ilegales versa sobre una contribución o un derecho, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, mas no para exigir en demasía, en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima (voto del Dr. Fégoli, adhieren Dres. David y Madueño).

El artículo 268 del Código Penal agrava la pena para el caso del funcionario que convierta la respectiva exacción en provecho propio o de terceros, desviándola así del destino primitivo: las arcas fiscales. Pero cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad, por lo tanto, de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera y no infringe por ello el artículo 268 del Código Penal sino, solamente, el artículo 266 del Código Penal. Debe tenerse en cuenta que el artículo 266 del Código Penal no usa el término "exacciones", sino

que sólo menciona las diversas exigencias según se trate de "contribución", "derecho" o "dádiva", por ello cuando el artículo 268 del Código Penal se refiere a las "exacciones expresadas en los capítulos anteriores", no hay razón para entender comprendidas todas las hipótesis del artículo 266 del Código Penal, sino sólo aquellas que constituyen verdaderas y propias exacciones según el referido sentido etimológico y jurídico del término (voto del Dr. Fégoli, adhieren Dres. David y Madueño).

El artículo 267 del Código Penal agrava el artículo 266 en razón del modo coercitivo o engañoso utilizado por el funcionario, operando sobre el temor del sujeto pasivo a la potestad pública, derivando en el caso la coerción del ejercicio arbitrario del cargo por el funcionario. Es que se requiere que se doblegue a la víctima para cubrir la exigencia del artículo 267 del Código Penal; si bien la figura contiene un atentado contra patrimonio ajeno, otro ha sido el bien jurídico privilegiado al ubicarla dentro de los delitos contra la administración pública, en el caso indudablemente turbada por el proceder del imputado (voto del Dr. Fégoli, adhieren Dres. David y Madueño).

CNCas.Pen., sala II, 8-7-2003, "A., M. B. s/Recurso de casación", c. 4509, reg. 5839.2. Texto completo del fallo en L. L. Suplemento de Jurisp. Penal del 27-2-2004, p. 47

1. Cuando una inspectora de la DGI recibe para sí una suma de dinero a cambio de omitir revelar anomalías adversas al realizar inspección en los libros contables de un establecimiento, queda incurso en el tipo del artículo 266 del Código Penal, que no solamente contempla la exigencia indebida de una contribución en favor del Estado, sino también la acción del funcionario que exige para sí una dádiva que de antemano no va al erario público. Es decir que estamos en presencia de un delito autónomo e independiente dentro del propio artículo 266, que es el delito de concusión. Para la configuración de este tipo no debe repararse en individualizar algún vestigio de ardor o engaño, sino en advertir el carácter extorsivo de la acción.

2. Debe distinguirse la concusión de las exacciones ilegales, porque es muy diferente que el funcionario aproveche su autoridad para enriquecerse exigiendo dádivas o beneficios—concusión—, que proceda por exceso de celo a favor del fisco—exacciones ilegales—, y ello es así, pues la expresión dádiva, que es el don o alhaja que se da gratuitamente a otro, verbigracia a un juez o a otro funcionario

público para tenerle favorable en la decisión de algún negocio, ha sido inserta en el artículo contemplando aquellas situaciones en que el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en exclusivo beneficio, por cuanto nunca podrá suponer la víctima que aquello le es adeudado regularmente al Estado.

CFed.CCcorr., sala II, 7-7-86, "D., H.", BJCFCCyC, Año 1986, Nº 2, mayo-junio-julio-agosto, p. 252; PJN Intranet

Cuando el funcionario exige una dádiva dirigida a su beneficio o al de un tercero, su conducta encuentra subordinación en el delito de concusión contemplado por el artículo 266 del Código Penal, técnicamente diferenciable de la exacción.

CFed.CCcorr., sala II, 20-4-89, "B., G. s/Exacciones ilegales", BJCFCCyC, Año 1989, p. 285; PJN Intranet

Conviene aclarar que "El artículo 266 del Código Penal incluye dos conductas técnicamente diferentes: la exacción que persigue una concusión o un derecho destinados al Estado, y la concusión en cuanto lo que se persigue es una dádiva en beneficio particular del funcionario o de un tercero", y es por ello que "Si el procesado le hizo insinuaciones al denunciante referidas a la entrega de dinero que debía efectuar como condición para salir la deuda, ello configuró una actividad asimilable a la exigencia constitutiva del ilícito básico previsto en el artículo 266 del Código Penal, razón por la cual es ésta la norma aplicable al caso 'como tipo autónomo de concusión' y no el artículo 268, por cuanto quien exige la dádiva no puede convertir para sí lo que ya había requerido como tal".

CFed.CCcorr., sala II, 2-3-98, "C., N. R. s/Inf. artículos 268 y 293 del Código Penal", c. 13.613, PJN Intranet

Quien exige una dádiva para sí comete delito de concusión y no de exacciones ilegales, en tanto no puede convertir para sí lo ya requerido en su calidad de funcionario público en ese sentido.

CFed. de La Plata, Sala II Penal, 16-2-89, "S., C. J.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 469-16

La circunstancia de que lo exigido sea una dádiva determina que el

delito incriminado es el de exacciones ilegales (art. 266, Cód. Pen.) y no el de concusión (art. 268, Cód. Pen.).

CNCCor, sala III, 10-8-79, "G., M.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 468-12.

Encuadra en el delito de concusión (art. 266, Cód. Pen.) la conducta de los funcionarios policiales que abusando de su cargo exigen indebidamente la entrega de dinero a un ciudadano extranjero.

Cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado al Estado y, por ende, el autor actúa desde el principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, la hipótesis delictiva no es una de las exacciones contempladas en el artículo 268 del Código Penal sino un delito autónomo e independiente: el de concusión que encuadra en el artículo 266 del Código de fondo.

CNCCor, sala IV, 22-3-2001, "Z., A.", L. L. 2001-D-788; D. J. 2001-3-59

Para que exista concusión debe haber mediado una exacción, el objeto del delito debe haber sido exigido para la administración; el objeto de la exacción—en nuestro Derecho—es la presentación que se dirige a la administración no siéndole debida.

Cpen. de Santa Fe, sala I, 6-2-81, "A., A. R.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 468-14

Cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, es decir, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regulariamente al Estado y, por ende, el autor actúa desde el principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, la hipótesis delictiva no es una de las exacciones contempladas en el artículo 268 del Código Penal sino un delito autónomo e independiente: el de concusión que encuadra en el artículo 266 del Código Penal.

TOCrFed. Nº 5, 11-5-99, "V. C., E. A.", L. L. 1999-D-295, CD L. L.

b) *Conductas incluidas en el artículo 266 del Código Penal*

En el género de las exacciones, las acciones son exigir, hacerse pagar

o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrarse mayores derechos de los que le corresponden.

Constituye delito de concusión (art. 266, Cód. Pen.) la exigencia por parte de funcionarios públicos de dinero en concepto de dádiva y no para la administración pública, a los fines de hacer figurar menor deuda en el informe que debían elevar a la Dirección General Impositiva.

CNCas.Pen., sala I, 10-8-95, "P., J. A. y otros", J. A. 1996-III-203 (J. A. Informática Jurídica Documentos Nº 1.20538 y 1.20540)

1. La concusión simple está definida en el artículo 266 del Código Penal, siendo sus requisitos para que el delito se configure: 1) un funcionario público que abuse de su cargo, actuando por sí o por interpuesta persona; 2) la exigencia del pago de una contribución, derecho o dádiva, ya sea que la misma corresponda o no, y 3) la ilegalidad del cobro. El funcionario es el sujeto activo respecto del cual debe existir abuso de una autoridad que efectivamente posee, ya que si abusa de una calidad que no posee, existiría estafa o extorsión en concurso con usurpación. La forma simple de la concusión se comete exigiendo, haciendo pagar o entregar, sin formas de intimidación, aunque pueda existir una intimidación tácita surgida de la condición de autoridad del sujeto activo; o bien mediante falsas liquidaciones que induzcan a pagar más de lo que se debe, o aprovechando el error del pagador que ofrece espontáneamente pagar más de lo que debe.

El artículo 266 del Código Penal no contempla el delito autónomo de concusión sino la figura básica o simple de la misma, siendo las conductas contempladas en los artículos 267 y 268 del Código Penal figuras agravadas por los medios (267) o por el destino del tributo (268).

2. No descarto que la concusión pueda también cometerse mediante maniobras inductivas, pues la exigencia requerida por el artículo 266 del Código Penal puede revestir la forma de la insinuación y hasta manifestarse ideológicamente como provocando el ofrecimiento por parte del exigido. Lo que interesa es que la situación que se plantea a la víctima sea de compulsión directa e inmediata para que entregue el indebido beneficio apetecido por el agente activo (voto de la Dra. Berraz de Vidal —en mayoría—).

3. En la concusión tanto vale la exigencia o requerimiento expreso como implícito, derivados de la situación de hecho, de manera que la voluntad del sujeto pasivo se encuentre coartada, ya sea que se haya pronunciado como demanda imperiosa o simple pedido. Puede haber exacción cuando el funcionario prepara el terreno, con tal habilidad o arteria, que coloca a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa; prevaleciendo de la preponderancia que frente al administrado le da el cargo que ejerce.

No resulta relevante, a los fines de considerar atípica la conducta, la circunstancia remarcada al efecto por el recurrente, consistente en que la solicitud efectuada por parte de los imputados se haya realizado siempre a título de "colaboración", pues, reitero, lo definitivo de la cuestión, a los fines de la configuración del delito de concusión, no es el término que se utilice para requerir la dádiva sino, en relación a los criterios enunciados, que de acuerdo a la situación de hecho dada —teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, unidas a la forma de manifestarse las personas— se pueda concluir que la proposición o pedido se puedan equiparar a la exigencia configu-

rativa de este delito.

Resulta correcto el encuadramiento que el sentenciante otorgó a la conducta descripta, pues la demanda dineraria efectuada a cambio de lograr el retraso en el tratamiento de la ley en cuestión en la Cámara de Diputados, y el "arreglo" de los pertinentes artículos, que resulta de ban perjudiciales a los intereses de los prestadores postales, reunió en el caso carácter coactivo, compulsivo, suficiente para presionar psicológicamente o constreñir la voluntad de las víctimas de la solicitud dineraria. Encuadrado así el hecho que resultó objeto de imputación, proceso y condena, las afirmaciones del recurrente relativas a que el accionar juzgado no despertó temor en los prestadores postales no resultan hábiles para contrarrestar dicha conclusión. Y sólo representan su particular disenso con el significado que el a quo otorgó a las pruebas en las que fundó su convencimiento, sobre el particular impacto que el accionar juzgado causó en los sujetos pasivos, insuficiente para demostrar la arbitrariedad de la decisión ahora cuestionada.

...cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad, por lo tanto, de

convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera, y no infringe por ello el artículo 268, sino solamente el 266 (voto del Dr. Hornos—en minoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, “V. C., E. s/Recurso de casa-ción”, c. 1626, P/N Intranet

1. El carácter determinante del delito descrito por el artículo 268 del Código Penal es la conversión que en provecho propio debe efectuar el funcionario público respecto del producto de las previas exigencias abusivas del tipo básico del artículo 266. El calificado sujeto activo de este ilícito debe dar a los injustos beneficios obtenidos de la víctima un destino distinto del que se invocó como motivo de la detraccción. En el caso, corresponde aplicar el tipo penal del artículo 266 del Código Penal—conversión—y no el del artículo 268 porque el tribunal tuvo por probado que los agentes actuaron, desde un principio, invocando su propio nombre y su exclusivo beneficio al exigir la dádiva, por lo que no se adecua al verbo típico “convertir” (voto de la Dra. Berraz de Vidal—en mayoría—).

2. La conversión simple está definida en el artículo 266 del Código Penal, siendo sus requisitos para que el delito se configure: 1) un funcionario público que abuse de su cargo, actuando por sí o por interpósita persona; 2) la exigencia del pago de una contribución, derecho o dádiva, ya sea que la misma corresponda o no, y 3) la ilegalidad del cobro. Mientras que, por otra parte, la conversión propia de dicha se encuentra prevista en el artículo 268 del Código Penal, siendo su característica distintiva el aprovechamiento de la exacción ilegal por el funcionario. La conversión en provecho propio o de un tercero debe hacerse antes de que lo ilegítimamente percibido entre en las arcas fiscales, ya que de otra manera existiría una malversación. Ahora bien, el delito de conversión propiamente dicho (art. 268 del Cód. Pen.) es en nuestra legislación una modalidad agravada del delito de exacciones ilegales (art. 266, id.), aun cuando el objeto del ilícito sea una dádiva. Me aparto así de la doctrina que entiende que la dádiva sólo puede ser exigida por el funcionario público en provecho propio, de modo que nunca podría configurarse el delito de conversión en estos casos (voto de la Dra. Capolupo de Duranona y Vedia—en minoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 10-5-2002, “L., J. R. y otro s/Recurso de casación”, c. 2920, P/N Intranet

El hecho que motiva la condenación, la obtención para sí por parte del imputado de un frasco de perfume que portaba una persona al abandonar el puerto y ser registrado por aquél, no es constitutivo de hurto.

Tal como se desprende de las piezas procesales, fue la calidad funcional del cabo primero imputado y la circunstancia de que hiciera valer la autoridad que emanaba de su cargo la que determinó en un primer momento la entrega y luego que constituyera la no restitución del bien.

CFed.CCorr., sala II, 8-5-85, "O., J.", BJCFCyC, Año 1985, Nº 2, mayo-junio-julio-agosto, p. 250; PJN Intranet

..En el delito de concusión se requiere que sea el funcionario el que exija o se haga pagar o entregar una dádiva.

La distinción entre uno y otro delito es indispensable, porque la concusión (cohecho) es un delito bilateral, y la concusión (exacción ilegales) no lo es. En éste, quien paga es una víctima digna de protección contra los desmanes coactivos del funcionario, mientras que en la concusión, quien formula la promesa es un codeficiente, corruptor del órgano.

CFed.CCorr., sala II, 17-5-89, "C., R. N. s/Concusión", c. 5743, BJCFCyC, Año 1989, p. 269; PJN Intranet

Si el procesado le hizo insinuaciones al denunciante referidas a la entrega de dinero que debía efectuarle como condición para saldar la deuda, ello configuró una actividad asimilable a la exigencia constitutiva del ilícito básico previsto en el artículo 266 del Código Penal, razón por la cual entiendo que es esta la norma aplicable al caso como tipo autónomo de concusión y no el artículo 268, por cuanto quien exige la dádiva no puede convertir para sí lo que ya había requerido como tal.

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, 20-4-93, "P., J. C. s/Extorsión", c. 3463, PJN Intranet

No es dable destacar la posibilidad de la existencia de dádivas con destino propio de los funcionarios que indebidamente la exigen, independientemente de que las conviertan para provecho propio o de un tercero, supuesto que encuadraría en el artículo 268 del Código Penal y que constituiría lo que se denomina una figura autónoma —del fallo de 1ª instancia—.

En lo relativo a la controversia doctrinaria respecto a las dádivas puede decirse que en el artículo 266 del Código Penal encuadran todos los casos de exacciones en cuanto exigencias para la administración, como también el supuesto de concusión por exigencia de dádivas; y en el tipo de concusión del artículo 268 del Código Penal todas las otras exigencias previstas en el artículo 266, menos la de dádivas—del fallo de 1ª instancia—.

CFed. de Mendoza, sala B, 7-2-95, "L. S., F. C.", J. A. 1995-III-483 (J. A. Informática Jurídica Documentos Nº 1.27093 y 1.27094)

La conducta de un funcionario aduanero que exige una determinada suma de dinero para elaborar un informe de verificación de mercadería satisfactoria para los intereses del administrador configura el delito de exacciones ilegales previsto por el artículo 266 (del voto del Dr. Cortelezzi al que adhirió el Dr. Vigliani).

CFed.CCort., sala I, 7-7-95, "D. B., J. C. y otro s/Exacciones ilegales", J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.1956
 Nota: Con disidencia de fundamentos de la Dra. Riva Aramayo, quien encuadró la conducta en el tipo penal del artículo 268 del Código Penal.

Exigir es "reclamar, demandar, no exige el que solicite, sino el que demanda imperiosamente..." Por ello las expresiones tales como "...que no se pusiera nervioso, que todo se podía arreglar..." a más de un gesto posterior picaresco y significó "...que firmara y después de alguna manera todo se podía arreglar..." resultan equívocas y no reúnen entidad suficiente como para considerarlas una exigencia con- forme lo requiere el Código de fondo. Es más, no media en ellas ninguna exigencia específica, ni un pedido concreto sobre contribu- ción, derechos o dádivas que permitan afirmar que hubo una exigencia coactiva con abuso de autoridad por parte de los funcionarios.

CFed.CCort., sala I, 11-11-99, "L. A.", c. 31.288, PJN Intranet; J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.5736

La recepción por parte del procesado—inspector de Pami—de un cheque por elevada suma de dinero, entregado por el propietario de un laboratorio de análisis clínicos que estaba bajo la inspección del

encusado, en cumplimiento de las exigencias de éste, configura el delito de exacciones ilegales (art. 266, Cód. Pen.).

CNCCor., sala II, 27-5-82, "G., H. O.", BCNCyC 982-3-100; D. I. gesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, I, VI-3, p. 470-30

El delito de concusión puede cometerse no sólo exigiendo el funcionario público una dádiva, sino también cuando se le hace pagar o entregar indebidamente. Es que, como tradicionalmente se distinguiera, puede hablarse de dos tipos de concusión, la explícita y la implícita, siendo característica de la última, que un funcionario público no pida, sino que dé a entender que recibirla.

Por otra parte, ambas modalidades de la acción—exigir o hacerse pagar o entregar—tienen una existencia autónoma aunque hay entre ellos un vínculo legal interior, a través del concepto común de abuso del cargo, que puede exteriorizarse tanto mediante la exigencia como a través de la determinación de la víctima obtenida mediante presunción o error.

CNCCor., sala I, 1-6-82, "M., H. A.", c. 25.311 (Def.), BCNCyC, Año 1982, Nº 3, mayo-junio, p. 132; PJN Intranet

1. No es tema demasiado sencillo el deslinde práctico de la figura de la concusión, respecto de la del cohecho, y ya el propio Carrara se encargó de dejar claramente sentada la dificultad del tema, destacando entre nosotros Vidal que suelen presentarse zonas grises donde la solución no puede residir en la sola afirmación de que el cohecho es un delito bilateral y la exacción, unilateral, porque con ello no se agota el contenido del problema, bastando recordar la llamada concusión implícita o fraudulenta—que no deja de ser concusión y el supuesto en que la iniciativa corruptora parte del propio funcionario, que no deja de ser cohecho.

2. Puede aproximarse un distingo entre ambas figuras afirmando que hay sólo exacción (en su modalidad concusionaria) y no cohecho, cuando la "dádiva" fue el resultado de la presión psicológica ejercida por la solicitud del oficial público que suprimió todo acuerdo y espontaneidad en la entrega.

CNCCor., sala IV, 19-8-82, "M., C. A. y otros", c. 15.107 (Def.), BCNCyC, Año 1982, Nº 4, julio-agosto, p. 149; PJN Intranet

Nota: En 1ª instancia se había condenado al procesado por el delito de cohecho activo. Se revocó la sentencia, absolviéndose lo, pues se lo reputó víctima de concusión.

Se configura el delito de concusión (art. 266, Cód. Pen.) y no el de cohecho (art. 256, Cód. Pen.), por cuanto la dádiva aparece exigida en beneficio de los propios funcionarios policiales, sin que pueda admitirse que el sujeto pasivo hubiese accedido voluntariamente a un acuerdo para evitar el procedimiento, ni que la iniciativa hubiese partido del nombrado. ...el delito de concusión tiene lugar cuando el funcionario coloca al sujeto pasivo en una situación tal que aun cuando acepte la entrega de la dádiva, ésta se concreta bajo especiales circunstancias y en el caso de autos todo el operativo policial fue montado para esos resultados, más allá de la voluntad de la víctima.

CNCCor., sala V, 23-11-82, "P. M., M. y otros", c. 15.246 (Def.), BCNCyC, Año 1982, N° 6, noviembre-diciembre, p. 291; PJN Intranet

La entrega dineraria constituyó el "hacer pagar", modo comisivo típico del delito de concusión (art. 266, Cód. Pen.), habiendo mediado abuso del cargo por parte del que detentaba la calidad de funcionario público. La agravante del artículo 268 del Código Penal no juega en el caso, porque la entrega dineraria fue el objeto de la vedada exigencia de una dádiva, no de un tributo o derecho...

El delito de concusión concurre materialmente con el de falsificación de documento público, dado que el mismo constituye un hecho independiente, que se configura desde el mismo momento de la creación del instrumento, habida cuenta su calidad de público, con prescindencia de su uso ulterior.

CNCCor., sala VII, 19-5-83, "O. J.", c. 2675 (Def.), BCNCyC, Año 1983, N° 3, mayo-junio, p. 104; PJN Intranet

La obtención de una dádiva con abuso funcional y en provecho propio caracteriza el delito de concusión, incluido en el artículo 266 del Código Penal junto a las hipótesis de exacciones propiamente dichas en que se exige una contribución o un derecho con destino al Estado; conducta que caracterizó el proceder del procesado, descartándose la figura de cohecho en forma activa (art. 258, Cód. Pen.), pues no surge de autos que el procesado hubiera ofrecido una recompensa a los policías para lograr de éstos una acción irregular.

CNCCor., sala IV, 4-6-87, "G. L. y otro", c. 32.621 (Def.), Sent. "Z", Sec. 45, BCNCyC, Año 1987, N° 2, abril-mayo-junio, p. 599; PJN Intranet

CNCCorr, sala VII, 15-2-88, "L. C. O. y otro", Digesto Jurídico
Derecho Penal L. T., año 1996, t. VI-3, p. 468-5

CNCCorr., sala III, 14-4-88, "A., H.", c. 23.212 (Def.), Sent. "E", Secr. 9, BCNCYC, Año 1988, N° 2, abril-mayo-junio, p. 118; PJN Intranet

CNCContr., sala II, 18-4-89, "B., O.", c. 35.555 (Def.), Sent. "Y",
 Secr. 35, BCNCYC, Año 1989, Nº 2; PJN Intranet

Constituye el delito de concusión (art. 266, Cod. Pen.) y no el de cohecho (art. 256, Cód. Pen.) la conducta del funcionario policial que requirió dinero al denunciante como exigencia para entregarle el vehículo previamente secuestrado; no habiendo existido un acuerdo previo para que se haga o deje de hacer algo relativo a las funciones del funcionario público, ni aceptación espontánea de éste, de algo que le ofreciera el denunciante, sino que hubo exigencia por parte de aquél, siendo esto lo que tipifica el delito de exacción ilegal, porque medió requerimiento intimidatorio (del voto del Dr. Rocha Degreef, al que se adhirió el Dr. Raguetti).

La diferencia entre los tipos de la exacción y el cohecho es que en la exacción, tal como está legislada, se exige un ardid, o una coacción, de modo que la "dádiva" es el resultado de la presión psicológica ejercida por la solicitud del oficial público que suprimió todo acuerdo y espontaneidad en la entrega.

CNCor, sala I, 18-9-96, "W., C. y otro", J. A. 1998-II-266 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.8623)

Para que exista una exacción en los términos del artículo 266 del Código Penal no basta que el funcionario insinue o pida indebidamente sin ejercer coacción o sin valerse del error ajeno. Si ante esta conducta el tercero paga o entrega o si la iniciativa de la entrega parte del tercero y el funcionario recibe, no se trata de una exacción sino de un cohecho, pues en un caso el funcionario recibe la dádiva sin abusar de su cargo por coacción o aprovechamiento del error de la víctima, y en el otro se limita a aceptarla. La exacción exige un ardid, o una coacción, de modo que la "dádiva" es el resultado de la presión psicológica ejercida por la solicitud del oficial público que suprimió todo acuerdo y espontaneidad en la entrega.

CNCor, sala I, 18-9-96, "W., C. y otro", L. L. 1998-F-838 (40.951-S), CD L. L.

Los numerosos testimonios contestes en afirmar que nunca el acusado ni otro alguno, les pidió o exigió dinero para contratarlo o renovar el contrato, y que si entregaron dinero alguna vez, lo fue en forma de donación voluntaria para que, con un fondo así formado, pudieran adquirir bienes y servicios para el buen logro y prosecución del programa, no registrándose queja alguna sobre el modo como administraba los dichos fondos ni el destino que a ellos les daba, no permiten determinar con la debida claridad si medió un comportamiento delictivo, más allá de lo ilegítimo que aparece su conducta, de aceptar y administrar dinero ajeno sin autorización, desde el punto de vista administrativo, por aplicación estricta del beneficio de la duda (del voto en disidencia del Dr. Tozzini).

CNCor, sala I, 12-4-95, "B., F. E.", c. 44.153 (Def.), Sent. "K", Secr. 40, PJN Intranet

Configura el delito de concusión la conducta de los imputados que, en su calidad de inspectores de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos

Aíres, exigieron una suma dineraria a la propietaria de un comercio. Es impropediente entonces la tipificación del delito de exacciones ilegales, puesto que éste se diferencia del antes mencionado en la base del motivo de la exigencia dineraria, cuando lo ilegítimamente solicitado no estaba dirigido al Estado, sino al propio provecho de los imputados, con lo cual, al tratarse de un delito formal, queda consumado una vez exteriorizada la exigencia de una dádiva.

CNCCorr., sala I, 12-7-96, "B., M. y otros", c. 44.854 (Def.), P.JN Intranet

Las exigencias del tipo básico previsto en el artículo 266 del Código Penal se configuran. Esto es: a) condición de funcionario público; b) el abuso de sus funciones; c) la obtención o el propósito de obtener una ventaja patrimonial como objeto del acto ilegítimo; d) el carácter ilícito de la ventaja.

C3CCorr. de La Plata, sala IV, 16-6-93, "A., C. G. y otros", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 467-1

2. *Carácter indebido*

Si bien no puede afirmarse que quien recibiese el dinero correspondiente al pago de la tasa se trate de la aquí investigada, ello no lleva de por sí la consecuencia sugerida por el letrado defensor. Se puede establecer que efectivamente, y a pesar de no estar permitido por la reglamentación interna, existían dos mujeres más ayudando a la funcionaria encargada. De la laboriosa tarea instructiva pudo determinarse que de las setenta y dos declaraciones testimoniales recibidas a aquellas personas de cuyos trámites se trataba, únicamente diecinueve manifestaron haber abonado un sellado en el banco, debiéndose destacar lo manifestado por uno de los testigos, quien refirió que las personas que lo atendieron le dijeron que podía pagar allí o en el banco, inclinándose por esta última opción.

Es cierto que ese dinero nunca debía ingresar en la esfera de custodia de la encartada, toda vez que el único medio apto para la percepción del sellado era a través del Banco Provincia y en este aspecto cabe estar a lo dicho por esta Alzada al confirmar el anterior procesamiento recaído en su contra en orden al delito previsto y penado por el artículo 249 del Código Penal.

Así las cosas, de las declaraciones obrantes en el expediente puede inferirse que en el Registro a cargo de la causante era requerido un pago en efectivo, en el lugar, para la realización de un trámite por el cual únicamente debía pagarse un timbrado en el Banco, por lo que su solicitud y percepción eran absolutamente ilegítimas.

Por otra parte, la existencia de otras dos personas que colaboraran informalmente con la imputada no la exime de responsabilidad, esto toda vez que atento haber recibido su instrucción para "trabajar" directamente de la procesada, puede presumirse, en principio, que esta forma ilegítima de tramitar la documentación era producto de una forma de obrar que partía de la funcionaria responsable.

Respecto de la calificación legal cabe destacar que el dinero que era recibido, no era debido con base legal, por lo cual no puede hablarse de caudales públicos, a los que se le asignaba un destino diferente al previsto para ellos. Al contrario, puede básicamente considerarse que este dinero era requerido por la funcionaria "Z" o sus "colaboradoras" indebidamente, aprovechándose del error que ellas generaban en los ciudadanos que desconocían el trámite.

Por todo lo expuesto, la conducta desplegada por la imputada constituye el delito de exacciones ilegales, previsto en el artículo 266, en forma reiterada, en principio en trece oportunidades, más allá de su posterior ampliación en virtud de posteriores valoraciones o investigaciones.

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, 29-2-2000, "A., A. S. s/Dcia.", c. 233/99

Encuadra en la figura de exacciones ilegales bajo la forma de concusión la conducta del procesado –inspector municipal– que exigió indebidamente al denunciante dinero como condición para no reimponer fajas de clausura en el local.

CNCContr., sala III, 9-12-86, "R., C.", c. 21.063 (Def.), Sent. "V", Secr. 29, BCNCCyC, Año 1986, Nº 4, octubre-noviembre-diciembre, p. 1475; PJN Intranet

3. Abuso del cargo

La característica más peculiar de las exacciones radica en la exigencia formulada por el funcionario público de modo tal que la voluntad

del sujeto pasivo se constriñe por temor a la potestad pública y lo que ella encierra.

CNCas.Pen., sala I, 12-12-96, "Pluspetrol SA s/Recurso de casación", c. 925, PJN Intranet

El agente tiene que realizar las acciones abusando del cargo que desempeña; debe pues plantear sus exigencias actuando en el carácter que inviste dentro de la administración pública; cuando exige o cobra invocando funciones que no le corresponden, podrá cometer otros delitos contra la administración (por ejemplo usurpación de autoridad) o contra la propiedad (por ejemplo estafa) pero no exacciones (voto del Dr. Fégoli).

CNCas.Pen., sala II, 5-11-98, "P., H. A. s/Recurso de casación", c. 1803, PJN Intranet

1. El artículo 266 del Código Penal requiere especialmente para su configuración como acción típica, amén de la calidad de funcionario público que en el caso resulta innegable, abuso de cargo y exigencia de la contribución, derecho o dádiva por parte del sujeto activo. Vemos entonces que el exceso en que recae el funcionario, amparado en la posición de autoridad que le otorga su cargo, con más el verbo típico exigir—sínónimo de reclamar, imponer, demandar—, conforman la especial situación en que autoritariamente deberá verse inmerso aquel que es el inocente receptor de la venal petición, cuya abusiva entidad coaccionante será la causante del nacimiento, en el ánimo del sujeto, del temor al poder público, representado en toda su dimensión por el ilegítimo requisito.

2. El artículo 266 del Código Penal ha querido dar preeminencia al poder que representa el sujeto activo y al modo abusivo en que aquel es utilizado por el oficial público al efectuar la indebida exigencia, cerrándose allí las especulaciones en torno a los acontecimientos que abarca el tipo aludido; quedando fuera de su ajustada descripción el proceder que en instancias posteriores hubieran asumido sus partícipes, siendo irrelevante incluso la posible actuación consecuente de la víctima en el sentido reclamado (voto de la Dra. Berraz de Vidal—en mayoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casación", c. 1626, PJN Intranet

La conducta impropia del autor de la concusión, conglobante de su abuso funcional y de su imperiosa demanda, deberá tener la entidad de infundir en la víctima el temor genérico que la autoridad suscita, no bastando para ello la calidad investida por el sujeto activo sino que deberá comprobarse la modalidad particular de la acción, que debe ser abusiva (del voto de la Dra. Berraz de Vidal).

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E.", J. A. 2002-I-479 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.54396)

Incurre en el delito de exacciones ilegales reiteradas el empleado de Encotel que indebidamente y en abuso de su cargo cobró derechos mayores a los que correspondían en diversas oportunidades, conducta que, sin perjuicio del escaso monto obtenido ilegítimamente, es susceptible de afectar el bien jurídico tutelado.

CFed.CCort., sala II, 11-3-88, "F., F.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 470-29

El delito de exacciones ilegales contempla una especie de extorsión agravada, donde el funcionario público realiza una conducta abusiva a fin de obtener más de lo debido o desbordar los límites de su autoridad.

CFed.CCort., sala I, 17-10-88, "S., G.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 472-41

Lo que hace de la exacción un delito contra la administración pública es el elemento de abuso de autoridad que contiene, el cual puede no ser estrictamente funcional sino que basta que el sujeto actúe en función de autoridad, invocando esa calidad expresa o tácitamente y que esa calidad exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna.

En la exacción del artículo 266 del Código Penal no es necesaria la vinculación con un acto futuro, todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia, no siendo necesario que se amenace con la concreta ejecución de una medida injusta; basta el temor genérico que la autoridad suscita.

CFed. de Mendoza, sala B, 7-2-95, "L. S., F.", J. A. 1996-IV, síntesis (J. A. Informática Jurídica Documentos Nº 1.19216 y 1.19217)

El delito de concusión no requiere que la dádiva sea exigida o se haga entregar con referencia a la función específica del sujeto activo—como ocurre en el cohecho—, reclamando sólo el abuso funcional, siendo aprehendida por la norma aquella dádiva que se obtiene invocando la mera calidad de funcionario. Por otro lado, debe distinguirse de las exacciones ilegales, que frecuentemente lo acompañan en forma promiscua, pues algo muy distinto es recaudar o cobrar arbitrariamente lo que sólo se puede pagar o adeudar al Estado, de aquello que viene a constituirse en la nota distintiva de la concusión, es decir, el exigir o hacerse pagar o entregar una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponerse como adeudado al Estado, ya que el agente actúa a propio nombre y en su exclusivo beneficio. La dádiva no es otra cosa que el beneficio, de cualquier índole, sea económico o no, que reporte provecho y utilidad, obtenido bajo la influencia del *metus publicæ potestatis*.

CNCCorr., sala II, 29-6-79, "B., O.", BCNCyC 979-IV-43, sum. 2176; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 470-33

No habiéndose probado que los acusados, abusando de sus cargos, hubieran exigido o percibido indebidamente, por sí o por interpósita persona, dádivas, dinero, etcétera, no puede tenerse por acreditado el delito de exacciones ilegales (arts. 266 y 267, Cód. Pen.).

CNCCorr., sala I, 3-2-81, "S., D. P.", c. 24.007, BCNCyC 1981-III-57; PJN Intranet

Basta la condición genérica de funcionario público para el tipo de concusión del artículo 266 del Código Penal, sin que tenga relevancia el que el sujeto activo no tuviera la función específica para la actividad en que fundó su exigencia abusiva.

CNCCorr., sala VII, 15-2-88, "L., C. O. y otro", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 469-21

La exigencia de una dádiva con abuso funcional y en provecho propio configura el supuesto de concusión incluido en el artículo 266 del Código Penal, junto a las hipótesis de exacciones propiamente dichas en que la contribución o el derecho se exigen con destino al Estado, siendo indiferente, a los efectos de la tipificación, que el abuso esté

referido a la función específica desempeñada por el agente o a la condición genérica de funcionario público.

CNCCorr., sala IV, 18-9-90, "C., J. S.", c. 38.385 (Def.), Sent. "F", Secr. 12, BCNCYC, Año 1990, Nº 5, PJN Intranet

El tipo penal del artículo 266 del Código Penal tiene dos partes, en cuanto a la dádiva: la primera es hacerse pagar o entregar, lo que requiere, además del abuso del funcionario público, una especie de exigencia, esto es una demanda imperiosa, que se hace en virtud del cargo, por lo que tal exigencia se apoya en el temor hacia el funcionario público (en el caso, por su mayor jerarquía); la segunda parte es cuando el funcionario actúa no ya mediante una forma de extorsión, sino más cercano a la estafa, esto es, la persuasión o el error, siempre solicitando algo que la persona que entrega no deba, y que el funcionario público no esté, como tal, dentro de sus funciones, facultado a recibir (del voto del Dr. Donna).

CNCCorr., sala I, 12-4-95, "B., F. E.", c. 44.153 (Def.), Sent. "K", Secr. 40, PJN Intranet

Se comete el delito de exacciones ilegales, si en lugar de haber acuerdo sobre la entrega de una dádiva (cohecho) hubo una exigencia de aquella con abuso funcional.

CCrim. 9ª Nom. de Córdoba, 28-2-97, "O., J. A.", L. L. C. 1998-44, CD L. L.

4. Objeto de la exacción

La interpretación correcta del artículo 266 del Código Penal consiste en que las exacciones ilegales deben haberse efectuado "en provecho del servicio público" y no en "provecho propio". El vocablo "exacción" tanto quiere decir en romance castellano "acción y efecto de exigir", con aplicación a "impuestos, prestaciones, multas, deudas". En segunda acepción significa cobro injusto y violento. Proviene del latín *exactio*: cobranza. Según la acepción semántica la exigencia tiene por objeto el cobro de contribuciones o derechos fiscales.

SCJBA, 16-11-82, "S., J. A. y otro", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 468-7, 9

El artículo 266 del Código Penal no usa el término "exacciones", sino que sólo menciona las diversas exigencias según se trate de "contribución", "derecho" o "dáviva", y por ello cuando el artículo 268 del Código Penal se refiere a las "exacciones expresadas en los capítulos anteriores", no hay razón para entender comprendidas todas las hipótesis del artículo 266 del Código Penal, sino sólo aquellas que constituyen verdaderas y propias exacciones según el referido sentido etimológico y jurídico del término, o sea, la exigencia extorsiva y engañosa de derechos o contribuciones no debidos al fisco, únicos que pueden convertirse luego en provecho personal (voto del Dr. Fégoli).

CNCas.Pen., sala II, 5-11-98, "P., H. A. s/Recurso de casación", c. 1803, PJN Intranet

El artículo 266 del Código Penal de la Nación establece que "será reprimido [...] 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 dáviva o cobrase mayores derechos que los que le corresponden...", entendiéndose como dáviva a la "cosa que se da gratuitamente", lo que implica una liberalidad por parte de quien la entrega, no siendo legalmente exigible por quien la recibe, por no adeudársela. Por lo tanto, si un funcionario público exige una dáviva, no se está realizando una exacción, toda vez que nunca pudo suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado. Siguiendo este razonamiento, se puede afirmar que la inclusión de la dáviva en el artículo 266 supone la creación de un delito autónomo o independiente: el de concusión que encuadra siempre en el artículo 266 del Código Penal de la Nación. En definitiva, quien exige una dáviva para apropiársela comete delito de concusión y no de exacciones ilegales, en tanto no puede convertirse para sí lo por el requerido en su calidad de funcionario público con ese fin desde el inicio de la conducta (voto del Dr. Traganti).

CNCas.Pen., sala III, 29-12-99, "O., O. A. s/Recurso de casación", c. 1845, PJN Intranet

1. No es posible afirmar que la exigencia de dáviva que se tipifica en el artículo 266 del Código Penal constituya lo que se ha dado en llamar un "tipo autónomo". Tal postura se apoya, fundamentalmente, en la idea de que una "dáviva" nunca puede ser debida al Estado y, por ende,

no puede ser objeto de una exacción ilegal, que justamente se caracteriza por la circunstancia de que aquello que se exige, se exige con ese destino (voto de la Dra. Capolupo de Durana y Vedia -en mayoría-).

2. Los objetos de las exacciones son las contribuciones, derechos o dádivas. Las contribuciones se refieren a impuestos, los derechos a prestaciones por pago de servicios (tasas), sanciones (multas), u obligaciones fiscales provenientes de otros actos de la administración (ej. pago de permisos de instalación). Las dádivas no han dejado de plantear problemas; dádiva es cualquier objeto que pueda transferirse del dador al receptor, aunque se discute en doctrina si debe tener un valor económico o si puede ser que constituya un beneficio, siendo irrelevante la entidad o medida de valor de la dádiva, ya que lo que interesa es que constituya el "precio" de la actividad o inactividad del funcionario. Debe admitirse que en materia de exacciones, la dádiva no es sólo la retribución por lo que debía hacer gratuitamente, sino cualquier contribución graciable exigida por los funcionarios en nombre de la administración (voto de la Dra. Capolupo de Durana y Vedia -en mayoría-).

3. La expresión "exacción" vale tanto como recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, o sea algo que sólo se puede adeudar al Estado en cuyo nombre y en cuyo aparente beneficio actúa el agente, exigencia que está prevista en el artículo 266 del Código Penal y agravada en el artículo 268 del mismo cuerpo legal (voto del Dr. Hornos -en minoría-).

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casa-ción", c. 1626, PJN Intranet

No hay que perder de vista que no existe restricción alguna a la constitución de la faz objetiva del delito de concusión, la envergadura de lo solicitado, o que esto sea dinero u otra retribución de índole moral, honorífica, sensual, etcétera, siempre y cuando tenga utilidad para el peticionante. Cuando lo requerido no fue otra cosa que una dádiva, este elemento objetivo no puede encontrarse descrito en el artículo 268 del libro de fondo, desde el momento en que sólo es dable interpretarse buscada por el funcionario público en provecho personal y por otro lado, mal cabría su conversión en conveniencia propia acorde lo

prescribe este último tipo penal, cuando lo entregado o a entregarse ya tenía por destino el mentado beneficio particular del autor.

CFed.CCort., sala II, 25-4-97, "V. C., E. A. s/Procesamiento", c. 12.928, PJN Intranet

En orden a una correcta diferenciación de los tipos contenidos en el artículo 266 y por el 268 del Código Penal es necesario analizar aquello que resulta ser objeto de la ilegítima exigencia, por cuanto en razón de requerir la exacción ilegal la demanda de algo que únicamente se puede deber al Estado —una contribución o un derecho—, es menester concluir en que tal extremo de ningún modo concurre en el supuesto de exigencia de dádivas, entendiendo por tales algo que la víctima nunca puede suponer como adeudado regularmente al Estado. Así el agente actúa ab initio en su exclusivo beneficio, con motivo de lo cual no puede convertir en su propio provecho lo así obtenido, infringiendo por ello solamente el artículo 266, como delito autónomo e independiente.

CFed.CCort., sala I, 31-3-98, "S., O. y otros s/Procesamiento y falta de mérito", c. 29.490, PJN Intranet

El artículo 266 del Código Penal incluye dos conductas técnicamente diferentes: la exacción que persigue una contribución o un derecho destinados al Estado, y la concusión, en cuanto lo que persigue es una dádiva en beneficio particular del funcionario o de un tercero. En orden a una correcta diferenciación de los tipos de la concusión y de las exacciones ilegales, es necesario detenerse a analizar aquello que resulta ser objeto de la ilegítima exigencia, por cuanto en razón de requerir la exacción ilegal la demanda de algo que únicamente se puede deber al Estado —una contribución o un derecho—, es menester concluir en que tal extremo de ningún modo concurre en caso de exigencia de dádivas, supuesto en que el agente actúa desde el principio en su propio beneficio, con motivo de lo cual no puede convertir en su propio provecho lo así obtenido —artículo 268 del Código Penal—. Entonces, la entrega de dinero por parte de un particular a un funcionario público, motivada en una exigencia indebida en abuso del cargo y no en una proposición que partiera de primero a fin de que deje de realizar algo relativo a sus funciones, debe considerarse como la exigencia de una dádiva propia de la concusión, si se tiene en cuenta que el acto negado por el funcionario carece de sustento normativo

(impedir la salida del país de un automóvil con chapa provisoria, cuando, con la debida documentación, ello es posible). Corresponde encuadrar este suceso en el tipo penal descripto en el artículo 266 del Código Penal. Así se ha dicho que: "...dado que lo requerido no fue otra cosa que una dádiva, y este elemento objetivo no puede encontrarse descripto en el artículo 268, desde el momento en que sólo es dable interpretarse buscada por el funcionario público en provecho personal y, por otro lado, mal cabría su conversión en conveniencia propia acorde lo prescribe este último tipo penal, cuando lo entregado o a entregarse ya tenía por destino el mentado beneficio particular del autor".

CFed.CCort., sala II, 2-11-2000, "L., C. B. s/Proc.", PJN Intranet

...La circunstancia de que lo exigido sea una dádiva determina que el delito incriminado es el de exacciones ilegales (art. 266, Cód. Pen.) y no el de concusión (art. 268, Cód. Pen.).

CNCort., sala III, 10-8-79, "G., M.", con disidencia del Dr. Gómez, quien dijo que el delito tipificado es el de concusión (art. 268, Cód. Pen.) pues el dinero exigido estaba innegablemente destinado al procesado, BCNCYC, Año 1980, IV, p. 62; PJN Intranet

El inspector de obras de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que exigió a la víctima una suma de dinero como dádiva—no una contribución ni un derecho—, incurrió en el delito de concusión (art. 266, Cód. Pen.).

CNCort., sala V, 4-8-81, "C., N. J.", c. 13.994, BCNCYC, Año 1981, Entrega 09, p. 184; PJN Intranet

5. Conductas que no configuran el delito de exacción ilegal

1. La exigencia de una dádiva para sí podrá configurar alguno de los delitos previstos por los tipos penales aludidos, alguna de las conductas previstas por el artículo 249 del Código Penal, o directamente al—sin acto preparatorio del delito de cohecho, pero claramente no una exacción ilegal (voto de la Dra. Capolupo de Duraffona y Vedia—en mayoría—).

2. La ausencia de una demostrada intención de intimidar, o al menos la comprobación de una concreta demanda impetiosa por parte de los imputados, elimina la posibilidad de calificar el suceso como consti-

lutivo del delito de exacciones ilegales previsto por el artículo 266 del Código Penal –recordamos que se analiza la norma sin la modificación efectuada por la ley 25.188–. 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 una 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. Por ello, estimo que la conducta tenida por acreditada, por más gravemente reprochable que sea desde un punto de vista moral, no configura la exigencia requerida por el tipo penal que se analiza (voto de la Dra. Capolupo de Durahona y Vedia –en mayoría–).

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, “V. C., E. s/Recurso de casación”, c. 1626, PJN Intranet

No revisen la tipicidad exigida por la conducta descripta en el artículo 266 del Código Penal las torpes expresiones vertidas por los imputados en el marco de una reunión con directivos de una cámara empresarial tendientes a solicitarles una colaboración para compensar los futuros gastos de una campaña política, dentro del marco de una negociación por la ley regulatoria del sector.

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, “V. C., E.”, J. A. 2002-I-479 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº I.54399)

La prestación que el funcionario requiere para sí con conocimiento de la víctima de ese destino no es exacción, no puede ser convertida y no cabe en la tipicidad de la concusión.

La exigencia de una dádiva para sí no puede configurar una exacción ilegal.

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, “V. C., E.”, J. A. 2002-I-479 (J. A. Informática Jurídica Documentos Nº I.54406 y I.54407)

Configura el delito de estafa y no el de exacciones ilegales agravadas la conducta del imputado que se ofreció a realizar trámites ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en calidad de gestor para obtener las licencias necesarias para operar con las frecuencias de radio que las víctimas tenían instaladas en los vehículos de transporte de pasajeros –remis–, ofrecimiento que éstos aceptaron en forma voluntaria por la necesidad de detentar dicho trámite. Máxime cuando

las víctimas negaron expresamente que hubiesen accedido por temor o intimidación dada la condición de funcionario público del oferente -sargento de Gendarmería Nacional-

CNCas.Pen., sala I, 12-10-2001, "A., J. L. s/Recurso de casa-ción", c. 3682, PJN Intranet

Las sumas entregadas al imputado nunca tuvieron el destino que los delitos que contempla el artículo 266 del Código Penal requieren, pues ellas fueron exigidas y entregadas para provecho propio de los funcionarios, y no para su ingreso a las arcas públicas; lo que obsta también a que las conductas probadas sean constitutivas de alguno de los ilícitos que establece el artículo 268 del Código de fondo.

CNCas.Pen., sala IV, 10-5-2002, "L., J. R. y otro s/Recurso de casación", c. 2920, PJN Intranet

Ante la deficiencia del plexo probatorio cabe concluir que la conducta del procesado (policía) que enterado de ciertas irregularidades en un instituto de enseñanza, muniendo de una credencial del Ministerio de Educación y mediante sugerencia de cerrar el establecimiento, obtiene una suma de dinero, configura el delito de defraudación con el pretexto de remuneraciones ilegales (art. 173, inc. 10, Cód. Pen.) y no los de concusión o de cohecho, por cuanto la actividad cumplida por el procesado nada tenía que ver con su empleo policial y no era funcio-nario dentro de cuyas atribuciones y facultades estuviera la de contro-lar establecimientos privados de enseñanza.

Tampoco se configura el delito de extorsión ya que no existe certeza de que hubiera mediado efectivamente intimidación para determinar la entrega del dinero, o que ésta se efectuara obligada por simulación o falsa orden de autoridad pública, sino que la víctima lo ofreció engañada por el despliegue ardidoso del acusado, en la creencia que regularizaría la situación del instituto mediante una supuesta remunera-ción a un jefe del Ministerio de Educación, según se lo dejó entrever en su fingido representante.

CNCas.Pen., sala II, 20-10-81, "G., G.", c. 25.745 (Def.), BCNCyC, Año 1981, Entrega 11, p. 240, PJN Intranet

a) Es atípica la conducta de un empleado judicial que requirió a un abogado querellante una suma de dólares estadounidenses para decre-tar un procesamiento.

b) La figura descrita por el artículo 266 del Código Penal —exacción 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 permisón 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] adhi-
riendo al del Dr. Vázquez Acuña).

CNCCor, sala II, 16-6-92, "D., R. J.", c. 40.172 (Def), Sent.
"LL", Sec. 42, BCNCYC, Año 1992, N° 2, p. 75; PJN Intranet

Nota: El Dr. Giudice Bravo en disidencia dijo que: a) El emplea-
do 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 -artículo 266 del Código Penal-, ya que los conceptos
de funcionario y empleado público utilizados en la mencionada
norma son sinónimos, siendo suficiente que la persona partícipe
del ejercicio de la función pública, sea por elección popular o por
nombramiento de autoridad competente, por lo que es funciona-
rio todo aquel que presta una actividad remunerada en organís-
mos del Estado en virtud de nombramiento emanado de autori-
dad competente.

b) En la justicia penal existe una verdadera delegación de tareas
por la que los empleados reciben declaraciones indagatorias, acu-
saciones, defensas, a lo que se agrega la disposición de diligen-
cias importantes, la realización de proveídos, el sesgo que puede
imprimirse a cualquier investigación que muchas veces depende
del imponente trabajo de estos auxiliares, que más allá del
estricto control de sus superiores, importa un claro ejercicio de
la función pública.

c) 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.

No constituye delito de exacciones ilegales el pedido de una suma de
dinero efectuado por un empleado judicial para lograr la obtención de
una resolución de procesamiento de un tercero, desde que más allá del
influjo que el empleado podía haber ejercido sobre el magistrado para
que eso se resolviera, la decisión final y la suscripción de la resolución
respectiva habría sido del juez y no del empleado, y, en consecuencia,
este último carecía de la representatividad de la voluntad estatal, dado
que no era titular del ejercicio de la función pública, de la que sólo
resultó auxiliar.

6. Tipo subjetivo

No puede hablarse, conforme las circunstancias comprobadas, de presión psicológica (Humberto S. Vidal), ni de activo reclamo (Morenó), demanda imperiosa (Ramos Mejía) o acción abusiva (Solter), ni se ha valido el imputado del poder compulsivo de su potestad funcional (Núñez). Ello implica que no puede mantenerse en pie la tipificación realizada en la sentencia, pues no se ha comprobado —ni alcanza para ello el fundamento que se rechazara ut supra— que el “pedido de colaboración”, tal como lo refieren los testimonios que allí se citan, asuma ribetes de magnitud tal que causalmente derive en inhibir la libre iniciativa de la otra parte. La circunstancia de que el delito de concusión deba manifestarse ideológicamente a través de la exigencia, acompañada de un no disimulado imperio, por parte del funcionario público interviniente, requiere que la existencia del dolo directo propio de ese especial ánimo se encuentre inequívocamente probado. Pues si el accionar que logre ser demostrado no obedece a esos designios, a esa voluntad del autor, no habrá de hallarse tipificada la figura escogida, correspondiendo encuadrar el hecho en otra descripción jurídico-penal diferente, adecuada a los elementos objetivos y subjetivos efectivamente comprobados, o aun —y como sucederá en el caso— declararlo atípico (voto de la Dra. Berraz de Vidal —en mayoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, “V. C., E. s/Recurso de casa-ción”, c. 1626, PJN Intranet

III. Autoría y participación

Los derechos y las contribuciones son términos normativos sobre los que el Estado solamente puede recaudar. A los particulares les está vedado imponer “impuestos, contribuciones y derechos” ni menos exigirlos, porque tal es la atribución del Fisco y sus funcionarios. Pero las “gratificaciones, recompensas, descuentos” o “productos” o “dávulas” según los textos mencionados tienen por principal finalidad el provecho del funcionario que obra violando la ley.

SCJBA, 16-11-82, “S., J. A. y otro”, Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 469-20

El sujeto activo del delito de concusión debe ser un funcionario público (voto del Dr. Fégoli).

CNCas.Pen., sala II, 5-11-98, "P., H. A. s/Recurso de casación", c. 1803, PJN Intranet

No es nota o dato relevante para caracterizar la función o empleo público que el agente dedique o no toda su actividad al Estado, que el servicio sea permanente o accidental, ni que sea oneroso o gratuito, por lo que cabe concluir que en el caso del agente judicial de la Dirección General Impositiva (recaudador) se observan cumplidos los recaudos del artículo 77 del Código Penal, constituyéndose aquel en posible sujeto activo del delito tipificado en el artículo 266 del Código Penal.

CFed. de Mendoza, sala B, 7-2-95, "L. S., F. C.", J. A. 1995-III-483 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.27091)

Quien se desempeña como pasante en el Área de Atención al Público en la gerencia de Liquidación de Sentencias Judiciales de la Anses es funcionario público a quien se le puede atribuir el delito de exacciones ilegales.

CFed.CCort., sala I, 25-10-2001, "V., J. E.", PJN Intranet

La conducta del agente municipal encaminada a exigir o reclamar simplemente con abuso del cargo que detenía, una dádiva en su propio beneficio y no con el fin de silenciar supuestas infracciones en el comercio del denunciante, configura el delito de concusión.

CNCort., sala II, 21-9-79, "G., M.", BCNCYC 979-VI-72, sum. 2230; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 470-27

La calidad funcional del encartado, no puede ponerse en duda aunque no sea reputado en el ámbito municipal como agente o funcionario, ya que la ordenanza 35.168 (27-8-79) advierte que las funciones atribuidas a los inspectores de obra comportan la "facultad de formar la voluntad estatal para la realización de un fin público" que es lo que singulariza el carácter de funcionario o empleado público a que se refiere el artículo 77 del Código Penal. El alcance de la ley penal sobre

este punto no es estrictamente equivalente al que viene impuesto por el Derecho Administrativo.

CNCCor, sala V, 4-8-81, "C, N. J.", c. 13.994, BCNCCYC, Año 1981, Entrega 09, p. 184; PJN Intranet

El obrar del prevenido (cabo de la Policía Federal que exigió a la víctima el pago de una suma de dinero en concepto de dádiva por una infracción de tránsito, por la que no se labró acta alguna) configura el delito de exacciones ilegales (art. 266, Cód. Pen.).

CNCCor, sala VII, 11-8-81, "T, A.", BCNCCYC 1981-IX-192; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 469-22

1. La recepción por parte del procesado -inspector de Pami- de un cheque por elevada suma de dinero, entregado por el propietario de un laboratorio de análisis clínicos que estaba bajo inspección del encasado, en cumplimiento de las exigencias de éste, configura el delito de exacciones ilegales (art. 266, Cód. Pen.).

2. Dado que el procesado llevó a cabo el accionar reprochado con evidente abuso funcional en su condición de agente del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, es evidente su condición de empleado público en los términos del artículo 77 del Código Penal, pues tal organismo actúa en la órbita de la Secretaría de Estado de Seguridad Social, cuyas facultades ordinarias, respecto del citado instituto, se acrecientan con las disposiciones de la ley 21.294, mediante la cual se lo autoriza a disponer la intervención de aquél.

Además cabe reparar en las características del mencionado organismo, tales como su creación por ley, el marcado control oficial de su gestión y su administración y decisión con amplia intervención de autoridades estatales para concluir en que se trata de un organismo inserto en el campo de actuación del Estado en cuanto prestador de la seguridad social (art. 14 bis, Const. Nac.).

CNCCor, sala II, 27-5-82, "G., H. O.", c. 26.507 (Def.), BCNCCYC, Año 1982, Nº 3, mayo-junio, p. 99; PJN Intranet

Quien detenía el cargo de inspector en actividad responde como autor porque tiene la calidad especial requerida para el tipo y los ex

inspectores municipales responden como cómplices primarios (art. 45, Cód. Pen.), siendo irrelevante que no fueran por entonces funcionarios, porque el partípe puede ser un particular, dado que el aporte al quehacer común se rige por los principios comunes a la participación criminal.

CNCCorr, sala VII, 19-5-83, "O., J.", c. 2675 (Def), BCNCYC, Año 1983, Nº 3, mayo-junio, p. 104; PJN Intranet

1. Configura el delito de concusión la acción del procesado, suboficial de la Policía Federal que, visitando su uniforme reglamentario, realizó una inspección en una finca habitada por extranjeros indocumentados a quienes les manifestó que ello le acarrearía problemas—detención y no otorgamiento de documentación—, contestando ante los interrogantes que todo podía arreglarse con dinero, recibiendo una cantidad a cuenta de una mayor.

2. Se diferencian los delitos de extorsión y concusión, por la calidad de funcionario público que debe revestir en este último caso el sujeto activo.

3. La exacción ilegal con fin de lucro funciona como figura especial respecto de la genérica de la extorsión, y verificándose sus requisitos, la desplaza.

CNCCorr, sala IV, 29-3-90, "D., C.", c. 37,325 (Def), Sent. "X", Secr. 34, BCNCYC, Año 1990, Nº 1; PJN Intranet

Los empleados de la justicia deben ser considerados dentro de los alcances de la definición del artículo 77, párrafo 4º del Código Penal y por lo tanto pueden ser válidamente acriminados por el delito de exacciones ilegales del artículo 266 del Código citado (del voto en disidencia del Dr. Giudice Bravo).

CNCCorr, sala II, 16-6-92, "D., R. J.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 470-26

Es autor de exacciones ilegales el funcionario público que exige una dádiva, no para el sino para el Estado, en virtud de la facultad de influir en los contratos de un grupo musical, aunque tuviera una buena intención, como es la de fomentar la música en las escuelas, pues el sistema republicano de gobierno implica que el funcionario debe

trabajar con los fondos públicos que se le asignan, y no sacarlos del salario de las otras personas, y menos con exigencias, reales o ficticias.

CNCCor., sala I, 12-4-95, "B., F. E.", c. 44.153 (Def.), Sent. "K", Sec. 40, PJN Intranet; J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.19219

Si en el delito de concusión el imprescindible quehacer del funcionario contó con el pleno conocimiento y adhesión de un tercero, sin cuyo aporte el ilícito no se hubiese concretado en la forma que se hizo, debe considerarse participante necesario (art. 45, Cód. Pen.).

TOCt.Fed. Nº 5, 11-5-99, "V. C., E. A.", L. L. 1999-D-295

IV. Sujeto pasivo

En la exacción específica del artículo 266 del Código Penal el sujeto pasivo obra por un común sentimiento de recelo y reserva que causa la presencia física de un representante de la autoridad pública (*metus publicae potestatis*). La intimidación consiste en algo más intenso que este sentimiento. El funcionario público actúa no solamente por acto de presencia, sino con una conducta intimidatoria, bajo la amenaza de usar alguno de los medios coercitivos de la autoridad para poder cumplir con sus fines.

SCJBA, 16-11-82, "S., J. A. y otro", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 471-32

No es preciso en toda exacción que la víctima "suponga" que lo exigido es legítimo; ésta es en todo caso una de las formas de este delito, en que el funcionario se vale del error, pero de manera unánime la doctrina ha aceptado también que el ilícito se lleva a cabo también intimidando al sujeto pasivo. En ese último supuesto, si bien la víctima puede seguir creyendo que es legítima la exigencia, ése no es un requisito. Así, aun cuando la exigencia de dádiva presenta características propias, que la distinguen de la exigencia de contribuciones o derechos, no puede sostenerse que la imposibilidad de que el sujeto pasivo crea que lo que entrega es exigible por la administración excluye la posibilidad de que el hecho constituya una exacción. La exigencia con intimidación del pago de un derecho mayor que el que corresponde—prevista como delito por el artículo 266, *in fine*, y 267 del Código Penal—revela con claridad que no es necesario que el sujeto pasivo crea que lo que paga

es exigible, pues en este caso no obra por error, sino por coacción (voto de la Dra. Capolupo de Durahona y Vedia –en disidencia–).

CNCas.Pen., sala III, 29-12-99, "O., O. A. s/Recurso de casación", c. 1845, PJN Intranet

V. Consumación

Y si la declaración de hecho contenida en la sentencia no puede ser alterada durante el tránsito por la casación sustancial, probado que el medio comisivo fue la exigencia indebida y arbitraria de una dádiva, el delito es de pura actividad y, en principio, no admite tentativa, pues la exigencia es suficiente para que se consuma, "sin que sea necesario que el pago se produzca, el objeto se entregue, o la dádiva se dé".

CNCas.Pen., sala I, 13-6-97, "M., E. A. s/Recurso de casación", c. 1242, PJN Intranet

La concusión constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros, *metus publicae potestatis* –por miedo al poder público–. La figura básica del delito en estudio está definida en el artículo 266 del Código Penal; la acción consiste en exigir, hacer pagar o entregar indebidamente una contribución, un derecho o una dádiva o en cobrar mayores derechos que los que corresponden; para nuestra ley, el delito es formal y se consuma con la exigencia sin que sea necesario que se produzca el pago (voto del Dr. Fégoli).

CNCas.Pen., sala II, 5-11-98, "P., H. A. s/Recurso de casación", c. 1803, PJN Intranet

La consumación de las exacciones ilegales no es idéntica en todos los supuestos típicos. Cuando la exacción se traduce en exigir, basta la exigencia, sin que sea necesario que el pago se produzca, el objeto se entregue o la dádiva se dé, pues se está ante un delito de actividad que no admite tentativa. Hacer pagar o entregar, por el contrario, es un delito de resultado, pues la actividad del agente tiene que haber provocado la conducta del sujeto pasivo que se determina en el pago efectuado o en la entrega realizada (por lo común son los casos en que la exacción se consuma a través del error de la víctima). Lo mismo ocurre en la forma de delito que importa cobrar, ya que éste se

perfecciona con la percepción de lo excesivo, y en estas últimas formas el delito admite la tentativa (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

En los supuestos en que se configure mediante la entrega preparada de billetes individualizados, para posteriormente secuestrarlos en poder del sujeto activo, se está en presencia de una consumación expirimental, imputable de acuerdo al artículo 44, *in fine* del Código Penal o a una tentativa acabada, según el momento en que la autoridad irrumpa en el *iter criminis*. Cuando la celada apunta a demostrar el delito consumado, es decir, las exigencias de una dádiva, no hay razón para pensar que el delito sea experimental.

CFed.CC.Corr., sala II, 20-4-89, "B., G. s/Exacciones ilegales", c. 5681, BJCFCyC, Año 1989, p. 285; PJN Intranet

No existe un criterio uniforme ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacionales para resolver los casos en los que la consumación del delito es sólo aparente, porque el agente provocador o la autoridad, avisada, preparan con las debidas precauciones un dispositivo protector; en lo que hay un principio de acuerdo es en cuanto a descartar que en tales casos puede tenerse al delito por consumado.

El delito de concusión se consuma en el momento de la recepción de lo solicitado o inducido. Los delitos de resultado, como es la concusión, requieren en su tipo objetivo que el sujeto activo del delito realice una acción que pueda conectarse causalmente con el resultado.

CFed.CC.Corr., sala II, 17-5-89, "C., R. N. s/Concusión", c. 5743, BJCFCyC, Año 1989, ps. 292 y 296; PJN Intranet

El delito se consuma con la mera exigencia, sin que resulte necesaria la efectiva entrega del dinero, y tal accionar en este supuesto ocurrió días antes de que el encausado recibiera la dádiva en circunstancias de ser aprehendido.

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, 20-4-93, "P., J. C. s/Extorsión", c. 3463, PJN Intranet

El hecho de que el sujeto pasivo de la exacción ilegal haya entregado y firmado cheques incobrables (en el caso, de una cuenta cerrada y ajena al librador) no transforma a la conducta en "tentativa de delito imposible", pues el tipo penal del artículo 266 no necesita la vinculación con un acto futuro, bastando el abuso de autoridad constituido por la exacción; es un delito formal, que se consuma con la exacción, sin que sea necesario que se produzca el pago.

CFed. de Mendoza, sala B, 7-2-95, "L. S., F. C.", J. A. 1995-III-483 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.27092)

Lo que caracteriza al delito de exacciones ilegales es la sola exacción arbitraria e injusta, con prescindencia de la entrega del dinero, porque es un delito formal e instantáneo que se consuma con la simple exacción.

CFed. de Mendoza, sala B, 7-2-95, "L. S., F.", J. A. 1996-V, síntesis (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.19218)

Cabe aclarar que refiriéndose a las conductas previstas en el artículo 266, el doctor Nuñez menciona que "El delito se consuma con la exacción, menos en los casos de pago o entrega por error y de cobro, que requieren la efectividad de esos actos y que, a diferencia de la exacción, admiten tentativa".

CFed. CCorr., sala II, 2-3-98, "C., N. R. s/Inf. artículos 268 y 293 del Cód. Pen.", c. 13.613, PJN Intranet

1. La exacción requerida por la figura del artículo 266 del Código Penal puede revestir la forma de la insinuación y hasta manifestarse ideológicamente como provocando el ofrecimiento, sin llegar a la forma extorsiva. Lo que interesa es que la situación que se plantea a la víctima sea de compulsión directa e inmediata para que entregue el indebito beneficio apetecido por el agente activo.

2. En el caso de autos en que los procesados, abusando de sus cargos de supervisor e inspector de la DGI exigieron de los damnificados la entrega de dinero, pagadero en dos (2) cuotas, se encuentra configurado el delito de concusión consumado y no mera tentativa; por cuanto la figura del artículo 266 del Código Penal es formal y se consuma con la sola exigencia, sin que sea necesario la entrega de dinero. Por ello se descarta en el caso la consumación experimental y

la mencionada tentativa, sólo admisible en casos de "pago o entrega por error y de cobro".

CNCCor., sala II, 4-11-82, "P., V.", c. 26.861 (Def.), BCNCyC, Año 1982, Nº 6, noviembre-diciembre, p. 270; PJN Intranet

El inspector municipal que induce al particular a la entrega de dinero incurrir en el delito de concusión en la modalidad implícita o fraudulenta en la que el agente actúa en función de autoridad pública para que el sujeto pasivo le otorgue una dádiva, ante el temor engendrado por el señalamiento de una infracción.

La carencia de función específica de control de la infracción señalada carece de relevancia pues resulta suficiente para la consumación del abuso la condición genérica de funcionario.

El delito se consumó por la mera exigencia.

CNCCor., sala VII, 15-2-88, "L., C.", c. 9276 (Def.), Sent. "CH", Secr. 38, BCNCyC, Año 1988, Nº 1, enero-febrero-marzo, p. 42; PJN Intranet

Así -en el caso- el delito quedó consumado cuando un funcionario de la Dirección de Tránsito le solicitó al denunciante dinero para no labrar un acta de infracción contravenional.

CCrim. 9ª Nom. de Córdoba, 28-2-97, "O., J. A.", L. L. C. 1998-44

El delito de concusión, por resultar formal, se consuma al exigir, sin que sea necesario que la dádiva se dé. Ese exigir no importa el empleo de violencia física, sino de violencia moral, por el temor que infunde la autoridad.

TOC-Fed. Nº 5, 11-5-99, "V. C., E. A.", L. L. 1999-D-295, CD L. L.

VI. Tentativa

Como la concusión fue sólo experimental se está en presencia de una mera tentativa punible, la que si bien no es concebible respecto de la primera acción que en forma alternativa prevé el artículo 266 del

Código Penal, por su inequívoco carácter formal, si lo es en las restantes.

CNCCorT, sala V, 4-8-81, "C., N. J.", c. 13.994, BCNcyC, Año 1981, Entrega 09, p. 184; PJN Intranet

En el caso de autos se ha traspuesto el límite de la mera preparación delictiva para irrumpir en el campo propio de la tentativa punible por exacciones ilegales con arreglo a los dictados de la llamada teoría objetiva individual, pues en el comienzo de ejecución del delito no sólo deben incluirse los comportamientos típicos inherentes a la consumación del ilícito, sino también aquellos que computados individualmente carecen por sí mismos de esa cualidad, pero que por su inmediata vinculación con la conducta típica son demostrativos de que el autor ha puesto en marcha su propósito delictivo.

Configura el delito de exacción ilegal en grado de tentativa la actitud de los procesados que invocando pertenecer a la DGI penetraron en un comercio y requirieron los libros de contabilidad de la firma que examinaron por alrededor de dos horas, hasta que por despertar sospechas fue requerida la presencia de la autoridad policial.

CNCCorT, sala V, 9-3-82, "C., H. O.", BCNcyC 1982-2-44; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 469-17, 18

El quehacer de los procesados—dos ex inspectores municipales y el otro inspector municipal en actividad—que, haciendo mérito de la calidad funcional, se presentaron en un comercio, pidiendo dinero como modo de evitar la clausura del local, conviniendo finalmente que por una suma mayor entregarían al comerciante una habilitación falsa, lo que se efectivizó, configura los delitos de concusión—en grado de tentativa—, en concurso real con el de falsificación de documento público.

CNCCorT, sala VII, 19-5-83, "O., J.", c. 2675 (Def.), BCNcyC, Año 1983, Nº 3, mayo-junio, p. 104; PJN Intranet

La circunstancia de haber estado alertada la autoridad policial de la probable consumación del delito—exacciones ilegales en el caso—y la posterior detención de los acusados, con el secuestro en poder de uno de ellos de la suma de dinero obtenida tras la exigencia, no obsta a la calificación de delito como consumado toda vez que el dinero ya

estaba en poder de uno de los acusados. Distinto criterio tendría si los acusados, advertidos de la presencia policial, se hubiesen abstenido de recibir el dinero, previamente exigido.

CCrim. 3ª Nom. de Córdoba, 27-6-77, "A., R. R. y otro", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 469-19

EXACCIÓN AGRAVADA POR EL MEDIO EMPLEADO (Art. 267 del Cód. Pen.)

La forma agravada del delito establecido en el artículo 267 del Código Penal comprende todos los modos de comisión de las exacciones ilegales. Pero es evidente que si bien ellas pueden abarcar las formas típicas, solamente la intimidación puede ser elemento del requerimiento de una dádiva. La autorización para pedir una dádiva será siempre ilegítima.

SCJBA, 16-11-82, "S., J. A. y otro", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 470-34

Constituye el delito de concusión agravada por el empleo de intimidación -artículos 266 y 267, Código Penal- la conducta del imputado que exigió una suma de dinero a título personal en su carácter de inspector de la Dirección General Impositiva, bajo la amenaza de comunicar a las autoridades pertinentes las anomalías impositivas detectadas.

Corresponde calificar como concusión agravada por el empleo de intimidación el accionar del funcionario público que, al detectar anomalías impositivas, abusó de su cargo, y amenazó con comunicar tal circunstancia a las autoridades y para no hacerlo exigió una suma de dinero.

CNCas. Pen., sala I, 2-2-95, "H., C. G.", J. A. 1995-IV-581 (J. A. Informativa Jurídica Documento Nº 1.25414)

Se incursiona en el ámbito de la agravante del artículo 267 del Código Penal cuando el funcionario público, abusando de su cargo, exige una dádiva pero a la vez concreta una intimidación configurada por una amenaza particularizada referente a represiones de índole administrativa. Al respecto, no basta que el sujeto pasivo, ante la exigencia del

agente, barrunte una acción futura de la autoridad capaz de perjudicar sus intereses, pues esto no pasa de la exacción simple. Pero si es suficiente para que se configure la agravante "que el autor le presente (a la víctima) concretamente la posibilidad del mal futuro". El mal amenazado no necesariamente debe provenir de un futuro acto delictivo, sino que bien puede tener origen en uno propio de las funciones del sujeto activo, o bien de la propia administración a través de un acto de autoridad o poder de sus funcionarios.

CNCas.Pen., sala I, 13-6-97, "M., E. A. s/Recurso de casación", c. 1242, P.JN Intranet

La concusión explícita se encuentra prevista en el artículo 267 del Código Penal y se comete cuando se emplea intimidación, se invoca orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autoridad legítima, siendo tales medios calificantes de la figura anterior. Para la aplicación de esta figura es preciso tener presente que se trata de exigencias efectivamente hechas para el Estado y recibidas con la finalidad de integrarlas a la administración; ya que si el sujeto obra con fines personales incurrirá en la pena prevista por el artículo 268 del Código Penal.

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casación", c. 1626, P.JN Intranet

El delito previsto en el artículo 267 del Código Penal excluye al que está descrito en el artículo 168 del Código citado en virtud del principio de especialidad. Cuando media una relación de esa índole la figura o ley especial desplaza a la general, y es por lo tanto la única que debe aplicarse. La diferencia fundamental entre el delito de exacciones ilegales calificados, por haber sido cometido mediante intimidación, y el de extorsión perpetrado por igual medio comisivo, consiste, sustancialmente, en que en aquel delito contra la administración pública el autor es funcionario competente, aunque por excepción pueda caber que lo sea también en actividad funcional semejante, y en cambio, en el aludido delito contra la propiedad el agente no es funcionario, y si lo es, carece en absoluto de atribuciones para actuar.

CNCContr., sala III, 8-5-79, "D., C. A., BCNCyC 979-VI-69, sum. 2225; Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 471-36

1. No configura el delito de extorsión, sino el de concusión, es decir, exacción ilegal agravada por exigencia de una dádiva mediante intimidación cuando es efectuada por quien era autoridad pública y no simulando dicha condición (arts. 266 y 267, Cód. Pen.), la que se consuma con la sola exigencia.

2. La falta de recurso acusatorio impide adicionar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier función o empleo que hubiera correspondido.

CNCCor., sala II, 29-5-81, "A., H. C.", c. 25.417 (Def.), BCNCCYC, Año 1981, Entrega 06, p. 108; PJN Intranet

Si está probada la amenaza del síndico del concurso en cuanto a que de no accederse a la exacción, la firma concursada sería perjudicada en el proceso comercial, se configura el delito de concusión agravado por intimidación.

CNCCor., sala V, 30-6-81, "T., M.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 472-42

Configúrase el delito de concusión, es decir, exacción ilegal agravada por intimidación y no extorsión, si la exigencia intimidante fue de una dádiva efectuada por funcionarios públicos, quienes no simularon esa condición; encuadrese legal que por otra parte corresponde en defecto de plena prueba que acredite la tipificación de un robo con armas (art. 13 del CPC); añadiéndose la inhabilitación absoluta perpetua para el desempeño de funciones públicas.

CNCCor., sala V, 24-7-81, "S., H. R.", c. 14.006 (Def.), BCNCCYC, Año 1981, Entrega 08, p. 167; PJN Intranet

Si no existió un acuerdo previo para que el funcionario público haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, sino que hubo una exigencia de parte de aquél, mediando un requerimiento intimidatorio, se trata de un caso de exacción ilegal y no de cohecho.

CNCCor., sala II, 18-4-89, "B., O.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 472-45

El tipo básico de las exacciones (i)legales prevé el empleo por parte del sujeto activo para la exigencia, entrega, cobro de derechos, etcétera, de "intimidación", comisión, mandato, orden superior o cualquier autorización legítima, mas en el caso de la intimidación para hacer

viable la aplicación de la exacción agravada debe revestir características de gravedad tal que infundan temor para el caso de que la víctima rechace la exigencia (art. 263, regla 4ª, letra f, CPP).

C3°CCor. de La Plata, sala IV, 16-6-93, "A., C. G. y otros", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 472-43

EXACCIÓN AGRAVADA POR EL DESTINO DE LO RECIBIDO —Concusión— (Art. 268 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

El vocablo convertir en el delito de concusión significa cambiar de destino; quien recibe lo que le está destinado no hace más que recibir, no convierte nada.

SCJBA, 16-11-82, "D., O. L. y otro", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 467-2

La sola circunstancia de que los inculpados revisan el carácter de autoridad pública no implica necesariamente que sus conductas deban subsumirse en la figura penal de la concusión, en tanto que para que se verifique se requiere la preexistencia de una verdadera exacción y ello sucede cuando el funcionario exige en nombre y para el Estado y a posteriori toma para sí lo obtenido para la Administración; pero si el causante pide para sí y así se lo manifiesta a la víctima se configura una extorsión—artículo 168 del Código Penal—(voto del Dr. Madueño, adhieren los Dres. Fégoli y David).

CNCas.Pen., sala II, 17-9-2003, "M., R. y M., M. C. s/Recurso de casación", c.4404, reg. 5979.2, PJN Intranet

El núcleo de acción típico en la figura de concusión contenida en el artículo 268 del Código Penal gira en torno a la "conversión" (dar a lo detraído un destino distinto del que se invocó como motivo de la detracción) en beneficio propio o de un tercero que hace el funcionario público (único sujeto activo) del dinero exigido a la víctima de una exacción ilegal de las previstas en la figura básica del artículo 266 o la agravada del 267.

CNCas.Pen., sala III, 11-8-99, "M., P. y otro s/Recurso de casación", c. 1833, PJN Intranet

La concusión propiamente dicha se encuentra prevista en el artículo 268 del Código Penal, siendo su característica distintiva el aprovechamiento de la exacción ilegal por el funcionario.

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casación", c. 1626, PJN Intranet

La circunstancia calificativa prevista en el artículo 268 del Código Penal no existe sino cuando, cometida una exacción que reúne los elementos específicos del artículo 266 del mismo cuerpo legal, el funcionario convierte la exacción en provecho propio.

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E.", J. A. 2002-I-479 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.54405)

La exigencia de una contribución indebida sobre la que no queda ninguna duda que no estaba destinada a ingresar a las arcas del Estado sino para el propio provecho de los imputados constituye el delito de exacción explícita prevista por el artículo 268 del Código Penal y no el delito de exacciones ilegales previstas por el 266 (del voto de la Dra. Riva Aramayo).

CFed.CCorr., sala I, 7-7-95, "D. B., J. C. y otros s/Exacciones ilegales", J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.1956

Es aplicable el artículo 268 del Código Penal toda vez que el artículo 266 sólo rige en los supuestos en que el agente estatal pretende favorecer a la administración pública, en tanto que aquella disposición sirve para reprimir a quien se favorece con las exacciones o favorece con ellas a un tercero (disidencia parcial del Dr. Gómez —en el caso de una dádiva para no labrar acta por una infracción de tránsito—).

CNC.Corr., sala III, 11-8-81, "T., A.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 471-35

Convertir significa dar a lo sustraído un destino distinto del que se invocó como motivo de la detracción (en el caso se consideró que la conducta del procesado no configuraba el delito de concusión).

CCrim. de Santa Fe, sala I, 2-9-81, "G., E. L.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 467-3

El artículo 268 del Código Penal exige que la exacción indebida y arbitraria se haga para la administración, para luego ser "convertida" en provecho propio o de terceros.

CCrim. de Santa Fe, sala I, 2-9-81, "G., E. L.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 471-38

Para que quede configurado el delito reprimido por el artículo 268 del Código Penal la exacción indebida y arbitraria debe ser efectuada para la Administración, para luego ser convertida en provecho propio o de terceros. "Convertir" significa dar a lo sustraído un destino distinto del que se invocó como motivo de la detraccción.

CPen. de Santa Fe, sala I, 11-11-96, "G., E. L.", Nº 31.221, PJN Intranet

Mediando en los casos constatados una intimidación, una acción extorsiva en los términos que prevé el artículo 267, al objeto de que entregara determinada suma de dinero para su propio beneficio, el hecho queda atrapado por la figura del artículo 268 del Código Penal. JFed. de San Juan, sala A, 20-3-85, "F. c/T. y otros p/Checho...", LD Textos

II. Tipo subjetivo

La conducta puede llevarse a cabo de dos formas: a) el funcionario exige y percibe indebidamente para sí o un tercero desde el inicio de la acción (dolo inicial de aprovechamiento); y b) una vez exigida o percibida la dádiva para la administración pública, el sujeto resuelve en un segundo momento (dolo sobreveniente) apoderarse de esos recursos en su beneficio o el de un tercero...

CNCas. Pen., sala III, 11-8-99, "M., P. y otro s/Recurso de casación", c. 1833, PJN Intranet

III. Consumación y tentativa

A diferencia del cohecho, en la exacción el funcionario pretende algo del tercero que es víctima de la coerción o del error, quien es el exigido o el que paga o entrega. El delito se consuma en relación a lo ahora pertinente, con la mera

exigencia, resultando irrelevante a dichos fines que el particular haya dado realmente el dinero, que quería sacárselo con temor o engaño (cfr. Carrara, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, vol. 5, p. 129), por lo que es un delito formal que no admite por ende tentativa.

Es decir entonces, que en la exacción cometida mediante la exigencia del funcionario público todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido justamente por esa mera exigencia, de manera que no es necesario que se produzca un resultado material (del voto del Dr. Homos).

CNCas.Pen., sala IV, 30-10-98, "W., C.", c. 847, Fallos CNCas.Pen., Año 1, Nº 2, p. 280

1. Por ello se sostiene también que la concusión es la forma extorsiva de obtener un lucro personal e indebido (beneficio de carácter patrimonial), mediante la amenaza de un acto de la autoridad pública. La concusión se trata de un delito de resultado, toda vez que "...se requiere que el beneficio indebido se haya conseguido efectivamente, porque no puede convertir en su provecho quien no haya percibido lo que se convierte".

2. ...en definitiva, el delito se configura cuando el agente convierte en su provecho—o en el de un tercero—lo que le ha arrancado a un particular (único sujeto pasivo) cuya voluntad se encuentra viciada por error, dolo o violencia moral—valiéndose para ello del miedo al poder público—, sin importar que haya tenido esa finalidad o no al comienzo del *iter criminis*.

CNCas.Pen., sala III, 11-8-99, "M., P. y otro s/Recurso de casación", c. 1833, PJN Intranet

En el llamado delito experimental, la acción—generalmente suscitada o inducida por un agente provocador—resulta inidónea por estar la autoridad vigilando para que no se logre la supuesta consumación del hecho que el autor cree que podrá concretar por ignorar dicha circunstancia. La actuación de un agente provocador no vuelve imposible el delito pues si se frustra la acción del autor no es porque se aniquile su capacidad causal, sino que actúa como causa impeditiva del delito, pero ajena a la voluntad de aquel; el delito es punible como tentativa.

CPen. de Santa Fe, sala I, 11-11-96, "G., E. L.", Nº 31.221, PJN Intranet

IV. Diferencia con otras figuras legales

1. Con la extorsión

En la extorsión el sujeto activo puede ser cualquier persona mientras que en los delitos de exacciones ilegales y concusión sólo puede serlo un funcionario público que, además, actúa abusando de sus funciones, o sea que en estos últimos casos se requiere que plantee sus exigencias invocando las funciones que desempeña. Si no las tiene o las simula la conducta se desplaza hacia la extorsión.

Mientras que en la extorsión, de no actuar con simulación de autoridad pública o falsa orden de ella, debe haber intimidación para que el hecho sea típico, en las exacciones la intimidación está insita en el cargo que ostentían los sujetos activos.

CNCas. Pen., sala I, 10-8-95, "P., J. A. y otros", J. A. 1996-III-203 (J. A. Informática Jurídica Documentos Nº 1.20537 y 1.20539)

Incurre en exacciones ilegales y no en extorsión la inspectora municipal que exige la entrega de mercadería a cambio de no clausurar el local de la víctima (del voto en disidencia del Dr. Elbert).

CNCContr., sala VI, 1-11-91, "C. A., A.", Digesto Jurídico Derecho Penal L. L., año 1996, t. VI-3, p. 470-28

El delito consumado de concusión, previsto en el artículo 266 del Código Penal, por su especialidad, desplaza—tratándose los dos sujetos activos de funcionarios públicos—al delito de extorsión, para ubicar el dinero reclamado era una dádiva, que no podía ser convertida en provecho propio, pues ya tenía ab initio ese destino, lo cual excluye la exacción ilegal agravada que reclama la Fiscalía de Cámara, pues no se trataba ni de una contribución ni de un derecho lo que se le reclamaba a la víctima (del voto del Dr. Rivarola).

CNCContr., sala I, 30-8-95, "T., M. A. y otro", J. A. 1996-II-264 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.22143)

No hay duda de que el tipo penal de la extorsión queda desplazado, en virtud de que el sujeto activo es un funcionario público, que debe saber que actúa como tal, de modo que, al no poder exigir una dádiva para el Estado, este elemento integra el objeto del dolo. Si esto es así, tanto desde el tipo objetivo como desde el subjetivo, se está ante el articu-

lo 266, que desplaza al tipo penal de la extorsión, por la relación de subordinación existente entre los tipos penales antes mencionados (del voto del Dr. Donna).

CNCCor, sala I, 30-8-95, "T., M. A. y otro", J. A. 1996-II-264 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.22144)

Configura el delito de extorsión la conducta de quien en su calidad de empleado de una empresa del Estado solicita una suma de dinero a un particular –usuario de la misma–, a cambio del restablecimiento del servicio que le fuera suspendido. Resulta atípica la calificación del delito de exacciones ilegales, debido a que el autor carece de los atributos de funcionario público requeridos por el tipo.

CNCCor, sala I, 4-10-95, "B., C. A.", c. 44.227 (Def), Sent. "C", Sec. 6, PJN Intranet, J. A. Informática Jurídica Documento Nº 12.7825

Es necesario distinguir los delitos contra la administración de los delitos contra la propiedad; cuando el funcionario no reclama para la administración, sino directamente para sí, se está dentro del terreno de la extorsión, si es que se dan los demás requisitos [...] si se utilizan procedimientos violentos o intimidatorios enderezados a la inmediata concesión de la prestación por parte de la víctima.

CPen. de Santa Fe, sala I, 11-11-96, "G., E. L.", Nº 31.221, PJN Intranet

Si bien en el delito de extorsión previsto en el artículo 168 también existe una intimidación, tomando a ésta como medio de compulsión puramente moral o síquica y que consiste en la amenaza de un mal al fin de obtener una prestación de carácter patrimonial, este ilícito se diferencia de la exacción ilegal o concusión en que, mientras la extorsión supone simulación de autoridad u orden invocada, en la concusión es necesario que el autor posea autoridad u orden legítima. JFed. de San Juan, sala A, 20-3-85, "F. c/T. y otros p/Cohecho...", LD Textos

2. Con el cohecho

I. No basta para que exista la exacción ilegal en los términos del artículo 266 del Código Penal que el funcionario insinue o pida

indebidamente, sin ejercer coerción o sin valerse del error ajeno. Si ante esta conducta el tercero paga o entrega, o si la iniciativa de la entrega parte del tercero y el funcionario recibe, no se tratará de una exacción sino, y como se resolvió en el caso, del delito de cohecho, pues en un caso el funcionario pide la dádiva sin abusar de su cargo por coerción o aprovechamiento del error de la víctima, y por el otro, se limita a aceptarla (cfr. Núñez, ob. cit., p. 134) (del voto del Dr. Hornos).

2. A diferencia del cohecho, en la exacción el funcionario pretende algo del tercero que es víctima de la coerción o del error, quien es el exigido o el que paga o entrega.

El delito se consuma en relación a lo ahora pertinente, con la mera exigencia, resultando irrelevante a dichos fines que el particular haya dado realmente el dinero, que quería sacárselo con temor o engaño (cfr. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, vol. 5, p. 129), por lo que es un delito formal que no admite por ende tentativa.

Es decir entonces, que en la exacción cometida mediante la exigencia del funcionario público todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido justamente por esa mera exigencia, de manera que no es necesario que se produzca un resultado material (del voto del Dr. Hornos).

CNCas.Pen., sala IV, 30-10-98, "W., C.", c. 847, Fallos CNCas.Pen., Año 1, Nº 2, p. 280

Existen claras diferencias entre los delitos previstos en los artículos 258 y 268 del Código Penal, pues en el cohecho el funcionario público se limita a ser receptor (puede aceptar o no) de la oferta de dádiva o de la promesa que le hace el corruptor, mientras que en la concusión es el funcionario quien exige o se hace pagar o entregar indebidamente del sujeto pasivo el dinero o dádiva que convierte en su provecho. Para que se configure el cohecho activo es necesario que un particular o un funcionario público "dé" u "ofrezca" una dádiva exclusivamente a un "funcionario público o a un juez", mientras que para la concusión es preciso que sea un "funcionario público" quien "exija" a un "particular" y convierta a su favor o de un tercero la dádiva o contribución (voto del Dr. Riggi —en mayoría—).

CNCas.Pen., sala III, 11-8-99, "M., P. y otro s/Recurso de casación", c. 1833, PJN Intranet

1. ...La diferencia con el cohecho radica en la existencia de intimidación, la que vicia la voluntad del sujeto pasivo.

2. La distinción fundamental entre cohecho y concusión radica en que en esta última la voluntad del que paga está viciada por el temor que la exigencia del funcionario ha engendrado o, por lo menos, por el error que este último puede inducir en el primero (casos de concusión explícita e implícita). En cambio, en el cohecho existe un acuerdo de partes que es voluntariamente perfecto, representa un acuerdo sobre un acto futuro, legal o ilegal del funcionario. El hecho de que la concusión sea un acto unilateral, mientras que el cohecho es bilateral, da a la distinción que se haga de ellos gran importancia. En la concusión el funcionario pide o exige y en el cohecho acepta; en la concusión debe existir la voluntad coartada del que paga.

3. 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 (voto de la Dra. Capolupo de Durahona y Vedia—en mayoría—).

CNCas. Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casa-ción", c. 1626, PJN Intranet

La diferencia entre el cohecho pasivo y la concusión radica en que en el primero existe un acuerdo espurio, mientras que en el segundo no hay tal acuerdo: la víctima da una dádiva por miedo al poder público o bien inducida por el funcionario público que abusa de su cargo o por una persona interpuesta. En consecuencia, el reproche penal sólo se dirige hacia el funcionario que recibe, ya que el consentimiento de la víctima aparece viciado.

TOCt. Nº 12, 9-6-99, "W. C.", L. L. 1999-E-333

3. Con la malversación

La conversión en provecho propio o de un tercero debe hacerse antes de que lo ilegalmente percibido entre en las arcas fiscales, ya que de otra manera existiría una malversación.

Además, en la concusión, lo que es objeto de apropiación son caudales particulares, mientras que la malversación supone una substracción de caudales públicos....

CNCas.Pen., sala IV, 29-8-2000, "V. C., E. s/Recurso de casación", c. 1626, PJN Intranet

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS (Art. 268 [1] y [2] del Cód. Pen.)

La hipótesis típica, conforme a la redacción que le dió el legislador a la norma del artículo 268 (1), Código Penal, no da lugar para pensar que el verbo "utilizar" empleado en la enunciación encierre multiplicidad de comportamientos. Cada aprovechamiento de un dato o información reservada importa un hecho independiente e inescindible, nada existe en el enunciado normativo que nos alcance una pauta de mensuración, y menos aún la descripción legal nos permite aventurar supuestos de tal naturaleza por lo que la acción típica fue reiterada, en tres oportunidades, en tanto los conocimientos que se aprovechaban correspondían a tres empresas diferentes.

CNCCorr., sala VII, 25-11-97, "R., A.", CD J. A.

I. Bien jurídico

El tipo penal descripto en el artículo 268 (2) del Código Penal integra el elenco punitivo de los delitos contra la administración pública (Libro Segundo, Título XI del Código Penal), los cuales tienden, genéricamente, a la protección de la normalidad del ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales en los tres ámbitos homónimos, normalidad que se protege frente a los abusos de los que desempeñan esas funciones, ya sea funcionarios o empleados públicos, y a los atentados de los terceros, destinatarios o no del acto funcional (cfr. Núñez, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, t. VII, p. 18, Buenos Aires, Lerner, 1974 y CNCas.Pen., sala I, c. 2697, "Pico, José Manuel s/Recurso de casación").

Dentro de este marco, en el caso particular del delito de enriquecimiento ilícito, la tutela de la ley está dirigida a la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, pero en el sentido de la transparencia, gratuidad y probidad que debe respetar la

propia administración y quienes la representan. Es por ello que la imputación de un incremento patrimonial apreciable e injustificado en los bienes del funcionario o empleado público durante la vigencia de la relación funcional o laboral representa una conducta que afecta la imagen y el decoro que aquellos deben observar, valores que el legislador, de acuerdo con razones de conveniencia que no corresponden de revisar en el ámbito judicial, ha venido a resguardar bajo amenaza penal.

En virtud de lo manifestado, el bien jurídico protegido se verá lesionado cuando se produzca y observe un enriquecimiento patrimonial desproporcionado, y en principio sin justificación aparente, y ello es así porque aquellos administrados que perciban por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán —fundada o infundadamente— que esta originada en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la administración pública tiene su única razón de existencia, objeto y fin en los ciudadanos, y además, también su sustento económico se basa en ellos, ya que el mismo se conforma a través del pago que de sus tributos efectúan cada uno de los miembros de la comunidad. Es precisamente allí donde radica el contenido ilícito de la conducta, y es en esa oportunidad donde se verifica la lesión al bien jurídico que se pretende tutelar (cfr. De Luca y López Casariego, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, Suplemento de Jurisprudencia Penal, La Ley, 25-2-2000, ps. 11 y ss., y CNCS.Pen., fallo “Pico”).

TOFed. Nº 4, 31-5-2004, “A., M. J.”, c. 648

1. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos proveine de la simple observación de grandes aumentos patrimoniales ocurridos tras pocos años de desempeño en un cargo.

Con el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de aumentos patrimoniales prevaleciendo de la condición de funcionario público y se protege la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración, que es el bien jurídico que se lesiona con la no justificación del patrimonio.

2. La administración pública no es estrictamente un bien jurídico. Su concepto gira en torno a intereses sociales e individuales respecto del desenvolvimiento de la administración pública.

En los delitos contra la administración pública el Código Penal no menciona un bien jurídico sino de manera indirecta, siendo necesario especificar en cada caso el contenido tutelado por cada infracción.

CNCCor., sala IV, 4-10-99, "G., R. A.", L. L. 2000-D-781

II. Tipo objetivo

a) Este Tribunal no ha elaborado una interpretación del delito de enriquecimiento ilícito como una figura omisiva con las características que pretende la defensa, es decir, en la que se haya sostenido que la situación que genera el deber de actuar es el requerimiento de justificación patrimonial y que, por lo tanto, la consumación se produce cuando el sujeto no justifica el enriquecimiento luego de haber sido intimado en ese sentido. Tal conclusión no puede ser extraída de lo sostenido oportunamente en la misma causa respecto a que con dicho requerimiento de justificación se adquiere en el proceso judicial la calidad de imputado, no la de autor del delito como sostiene la defensa. Es que la materialización del requerimiento en la causa implica la precisión de todos los aspectos de la situación patrimonial que se consideren injustificados, vale decir, la formulación detallada de una imputación que posibilitará que ella pueda ser desvirtuada.

b) No puede asignarse entidad delictiva en los términos de esa figura penal ni a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en un proceso judicial, ni a la insuficiente explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio, que debe ser garantizado al imputado libre de presiones y sujeciones de cualquier índole y no sometido a la coacción que implica la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal. No puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que, en todos los casos en que el Poder Judicial de la Nación confiere intervención en la causa, el imputado se encuentra amparado por el artículo 18 de la Constitución Nacional en tanto establece que "es inviolable la defensa en juicio" y que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"; mandatos constitucionales que no pueden variar ni ser restringidos en modo alguno porque la citación responde a la finalidad señalada en el artículo 268 del Código Penal.

Cabe reparar en que ante las dificultades de interpretación en torno a la estructura típica que se derivan de la redacción efectuada en el artículo 268, inciso 2º, y frente a las diferentes objeciones constitucionales que ha recibido este delito, diversos antecedentes jurisprudenciales concuerdan en que lo que constituye el juicio de disvalor insisto en esta figura no es que el funcionario no justifique su enriquecimiento cuando ello le es requerido, sino todos los datos objetivos demostrativos de un incremento patrimonial injustificado o sin razón alguna (en ese sentido, CNCCorr, sala IV, "Guglielmi-netti" del 4-10-99, L. L. 2000-D-781; CNCCorr, sala I, "Llanos" del 31-7-2000, L. L. 2000-F-946; C7Crim. de Córdoba, "Angeloz" del 20-10-98, L. L. C. 1999-95).

La consumación de este delito es anterior e independiente del requerimiento que menciona la figura. Es que no puede adoptarse como uno de sus elementos constitutivos una acción dependiente del Estado, que no quita ni agrega nada en definitiva a la decisión del sujeto de incrementar su patrimonio en forma injustificada. El requerimiento, en consecuencia, no constituye en realidad un elemento típico sino un requisito indispensable para la progresividad de la acción jurisdiccional (ver en este sentido, CNFed.Corr, sala I, c. Nº 25.566, "Gentile", reg. Nº 789 del 14-10-94, voto del Dr. Martín Inzunza).

En esta misma línea se ha sostenido que "...para provocar la apertura de la instrucción formal y, con mayor razón, para intimar debidamente el hecho al imputado en declaración indagatoria, el representante del Ministerio Público Fiscal y el juez instructor deberán contar con elementos de convicción objetivos e independientes de la intervención subjetiva del encausado que demuestren [...] un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente, vale decir, que exceda crecidamente las posibilidades emergentes de los ingresos normales del funcionario". De este modo, se considera que la exigencia de que se efectúe el requerimiento de justificación patrimonial que contiene la figura no integra el tipo penal, sino que fue prevista en defensa del imputado como una condición objetiva de punibilidad (CNCas.Pen., sala I, "Pico" del 8-5-2000, L. L. 2001-D-251).

De ello no se infiere que sea la ausencia de justificación del enriquecimiento luego de haberse producido el requerimiento lo que habilita la reacción penal, sino simplemente la existencia del requerimiento en sí mismo, circunstancia prevista como un requisito previo a la imposición de la sanción con el objeto de que se posibilite que el

imputado "pueda" –no que "efectivamente lo haga"– acreditar el origen lícito del incremento patrimonial –aparentemente– injustificado que se le imputa.

En este mismo sentido, se ha sostenido que "...para que no se trate de una inversión institucional –la expresión se refiere a la carga de la prueba–, la cláusula del requerimiento y de la no justificación sólo pueden entenderse como una regla procesal a favor del acusado que permite inhibir la penalidad ante un razonamiento lógico incriminante", regla que opera como una condición objetiva de punibilidad. "Aun cuando el ilícito está completo, el funcionario si lo desea puede explicar el origen lícito del enriquecimiento o no. Pero si no lo hace no comete recién el delito. Siempre el Poder Judicial de la Nación y la fiscalía deberán probar con certeza que existió el acrecentamiento y que el mismo no puede tener otra explicación que la vulneración del deber de transparencia" (CApel. de Concepción del Uruguay, "Yedro" del 27-3-2002, voto del Dr. García, publicado en extenso en *Nueva Doctrina Penal* 2003/A, ps. 165/84, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2003).

CFed. de Capital Federal, sala II, 4-5-2004, "C., R. E."

El artículo 268 (2) del Código Penal establece un delito de comisión, cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma apreciable e injustificada durante el ejercicio de un cargo público (y, según la modificación establecida por la ley 25.188, hasta dos años después de haber cesado en su desempeño). Por otra parte, el enriquecimiento debe producirse –con relación al aspecto temporal– con posterioridad a la asunción del cargo o empleo público y que la falta de justificación del incremento, ante el requerimiento efectuado por la autoridad competente, constituye una condición objetiva de punibilidad.

TOFed. Nº 4, 31-5-2004, "A., M. J.", c. 648

1. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos previsto en el inciso 2º del artículo 268 del Código Penal es un delito de comisión cuya acción es la de enriquecerse patrimonialmente en forma considerable e injustificada durante el ejercicio de un cargo o empleo público, siendo condición objetiva de punibilidad la falta de justifica-

ción del incremento ante el requerimiento efectuado por la autoridad competente.
 2. El objeto de prohibición del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos –inciso 2º del artículo 268, Código Penal– es enriquecerse de manera injustificada durante la función pública, quebrando la rectitud requerida en la función.

CNCas.Pen., sala I, 8-5-2000, “P., J. M. y otra”, L. L. 2001-D-252, CD L. L.

La acción del delito de enriquecimiento ilícito no es la de enriquecerse sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción sino que esta imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento.

CNCCorr., sala A, 15-1-88, “P., J. M.”, L. L. 1998-F-733, CD L. L.

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos proviene de la simple observación de grandes aumentos patrimoniales ocurridos tras pocos años de desempeño de un cargo.

CNCCorr., sala IV, 4-10-99, “G., R. A.”, L. L. Supl. Penal, 2002 (abril), p. 31; L. L. 2002-B-712, 2000-D-781; D. J. 2000-3-134; CD L. L.

En el delito de enriquecimiento ilícito, cometido por un funcionario público, no se castiga la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia de éste, con lo cual la ley no consagra una presunción sino impone un deber y sanciona su incumplimiento.

CNCCorr., sala I, 5-10-2000, “P., V.”, CD J. A.

La circunstancia de que el sujeto haya adquirido varios departamentos en ejercicio de la función pública no resulta determinante si se desconfirma fehacientemente cuál era el patrimonio del imputado antes de que ello ocurra.

CNCCorr., sala I, 29-6-2001, “Z., N.”, CD J. A.

Si el otorgamiento del crédito a un pariente consanguíneo del funcionario público lo es en condiciones preferenciales –sin garantías reales– en consideración a la función pública que aquel desempeña, tal acto

encuadra en la adecuación típica del artículo 268, inciso 2º del Código Penal y por tanto constituye enriquecimiento ilícito.

Caus. de Córdoba, 15-10-96, "A., C. M. y otros", CD L. L.

III. Constitucionalidad de la norma

a) El planteo de inconstitucionalidad del artículo 268 (2) por afectar el principio de legalidad en cuanto a la indeterminación del tipo penal en la figura del requiriente no puede prosperar; así, con relación a la autoridad que debe efectuar ese "debido requerimiento" entiende la doctrina que "...La ley no dice de quién debe partir el requerimiento. Debe tratarse, sin duda, de autoridad competente, como lo indicaba expresamente el decreto-ley 4778/63. ¿Cuál es la autoridad facultada? No hay duda de que los jueces lo son. Pero esto no necesitaba decirlo la ley. Parece lógico admitir que están facultados para formular el requerimiento la autoridad administrativa de quien el funcionario depende jerárquicamente o los organismos especializados de la administración pública— así, verbigracia, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas—, y en los casos de funcionarios sometidos a juicio político, el Congreso o los organismos de enjuiciamiento" (cfr. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, p. 324, Buenos Aires, 1971; quien a su vez cita a Millán, Conferencia citada; Ure y Orgeira, *La nueva reforma*, p. 50; Manigot, *Código Penal*, nota Nº 1342).

El delito de enriquecimiento ilícito se consuma con la acción del inicio de la investigación penal. Y ello así por cuanto deviene de manera lógica y natural la evidente conclusión de que a nivel temporal, primero se consuma el delito (esto es al momento de producirse el enriquecimiento) y posteriormente tiene lugar el inicio del correspondiente proceso penal.

En tal sentido, es dable señalar que "...la rubrica del Capítulo 9 bis, donde está incluido, resulta por demás elocuente, habida cuenta de que su rólulo es, precisamente, 'Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados'. Rubrica conducente a la determinación de que la *ratio legis* de la previsión, al momento histórico de su incorporación al código de fondo (léase al respecto el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional en la opinión de Nuñez, así como el debate en las cámaras legislativas), no es otra que la de enriquecerse de

manera injustificada durante la función pública. Por lo tanto, no cabe sino deducir que estamos en presencia de un delito de comisión [...] por ende, la conducta prohibida es la de enriquecerse injustificada-mente quebrando la rectitud requerida en la función" (cfr. CNCas.Pen., sala I, c. Nº 2697, "Pico, José Manuel s/Recurso de casación", 8-5-2000).

Por otra parte, señala Fontán Balestra que "...no obstante que la redacción de la figura pueda prestarse a equívocos, lo que la ley castiga es el hecho de *enriquecerse ilícitamente*, aunque el no justificar ese enriquecimiento sea una condición de punibilidad [...] Ello así, porque, de otro modo, no tendría sentido que se suspendiera la prescripción mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público [...] El delito se *consume*, pues, con el enriquecimiento" (Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 323).

b) Respecto a la indeterminación en el único condicionante previsto "enriquecimiento patrimonial apreciable", el argumento de la defensa argumenta sobre que no se encuentran determinadas las condiciones que deben darse para que se legitime el "requerimiento", por cuanto pareciera que el único condicionante para efectuar el requerimiento debido es la existencia de un "enriquecimiento patrimonial apreciable", no encontrándose –a su entender– satisfactoriamente determinado que debe entenderse por tal fórmula; surge del mismo que lo necesario es la comprobación prima facie de un enriquecimiento "apreciable" (tanto por aumento del activo como por disminución del pasivo), debiendo entenderse por apreciable un incremento desmedido, desproporcionado, o sea, al menos notorio, el cual no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente, es decir, cuando ese aumento excede evidentemente las posibilidades económicas prove-nientes de ingresos legítimos, son entonces dichas circunstancias las que motivarán el debido requerimiento (cfr. Javier De Luca y Julio López Casariego, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley del 25-2-2000, p. 16). Se debe demostrar, entonces, un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente, esto significa que dicho incremento debe exceder crecidamente las posibilidades emergentes de los ingresos normales del funcionario o empleado. Con particular casuística ha señalado Ricardo Levene (h) que el sospechado se encontrará incurso

en dicha circunstancia "...cuando el patrimonio del funcionario o empleado, el de su cónyuge, si no mediare separación judicial, y el de las personas sometidas a su patria potestad, tutela o curatela, no provenga de las causas que aquéllas deben especificar y que, comúnmente aceptadas, son las retribuciones legales del cargo, el ejercicio de la profesión, oficio o actividad lícita compatible con la función pública; el acrecentamiento natural de los bienes que tenía al asumir el cargo y de los que adquiriere lícitamente durante su ejercicio, de acuerdo con las correspondientes declaraciones juradas, y los frutos y productos; las herencias, legados y donaciones por causa extraña a la función, acreditadas por instrumento público; el ejercicio de derechos legítimamente adquiridos y los hechos fortuitos debidamente comprobados" (Ricardo Levene [h], *El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos*, L. L. 112-1963 y ss.).

Explica Fontán Balestra que "No cualquier enriquecimiento puede ser objeto de requerimiento para que se justifique; la norma lo califica de apreciable [...] ¿Con qué vara ha de medirse el carácter apreciable del enriquecimiento? [...] Una guía aceptable la constituiría el análisis de la proporción que resulte de relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio. Sólo la apreciación de cada caso en particular podrá dar la pauta" (ver *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, t. VII, p. 324, Buenos Aires, 1971).

No cabe duda alguna, entonces, que "El enriquecimiento será apreciable a los fines del tipo de enriquecimiento ilícito cuando resulte considerable con relación a la situación económica del sujeto al momento de asumir el cargo y no esté de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo de desempeño de la función (sala de feria A de la CNCCorr., 15-1-98, Pico, José, L. L. 1998-F-733)" (cfr. CNCCorr., sala IV, 4-10-99, "Guglielminetti, Raúl A.", Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley del 31-8-2000).

c) Con relación a la indeterminación en las condiciones de modo, la defensa se agrava al considerar que la ley no establece cómo debe ser el "requerimiento debido" y en qué consiste el mismo. Con relación a este punto, ha manifestado la jurisprudencia que "...El debido requerimiento al que alude el artículo 268 (2) del Código Penal, es el

acto emanado de autoridad pública por el cual se intima con fuerza de ley, al funcionario o ex funcionario, haciéndole saber de la cons-tatación de un incremento apreciable de su patrimonio o del de persona interpuesta para disimularlo, producido durante el desempe-ño de la función, y tiene por objeto la justificación con razones o argumentos convincentes de que la procedencia del mismo reconoce un origen legítimo...” Asimismo, dicho requerimiento “...debe ser específico, sin omisión de particularidad alguna en cuanto a eviden-ciar accidentes de tiempo, lugar y modo...” (C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98, “Ángeloz, Carlos M. y otros”, L. L. C. 1999-95).

Asimismo, afirman De Luca y López Casariego que “...la expresión debido requerimiento debe entenderse como el debido proceso legal, es decir, una imputación que surge de un proceso en el que cuente con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y donde se le respeten los derechos de aportar prueba y ser oído...” (cfr. *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley del 25-2-2000, p. 16).

Con relación a este elemento del tipo señala Creus que el mismo “...tiene que ser un requerimiento específico; no lo es reclamar una declaración total del patrimonio, sino la prueba de la procedencia de lo indicado como enriquecimiento; ese requerimiento puede formu-larse mientras el funcionario ocupa cargos públicos o en cualquier momento posterior al de haber cesado en la función” (Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, t. 2, 5ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 324).

d) En cuanto a la indeterminación temporal, es necesario aclarar que comparte una línea de análisis común con el momento consumativo del hecho y con la prescripción de la acción penal, por lo que dichos agravios serán tratados en forma conjunta. Es dable señalar que, teniendo en consideración la posición adoptada por el Tribunal en relación al momento de consumación del delito que nos ocupa, surge de manera evidente que no se encuentra verificada de ninguna manera la situación de indeterminación temporal denunciada por la defensa, y mucho menos en cuanto a que la redacción del tipo implica consa-gar una virtual imprescriptibilidad de la acción penal.

Por lo tanto, si tenemos en cuenta que el plazo de la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o en que cesó de cometerse, en el supuesto de ser

el delito continuo (art. 63 del Cód. Pen.), con la salvedad que la prescripción se suspende mientras el funcionario se encuentre desempeñando un cargo público (art. 67 del Cód. Pen.), se establece, así, perfectamente la determinación del momento en que comienza a correr el plazo de la institución en análisis.

e) Por último, en lo referente al planteo de que el tipo previsto en el artículo 268 (2) configura una inversión de la carga de la prueba, al poner en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, entendemos, una vez más, que ello no es así. En este sentido, vale recordar aquí lo manifestado por la sala I de la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal en la mencionada causa "Pico, José Manuel s/Recurso de casación" al señalar que "...no debe verse en el requerimiento de justificación exigido por el tipo ni una inversión de la carga de la prueba—con afectación del principio que resguarda el estado de inocencia que conserva todo imputado hasta su destrucción por una sentencia condenatoria firme—, ni la vulneración del derecho fundamental de no 'ser obligado a declarar contra sí mismo' (art. 18 de la Const. Nac.)."

Y ello debe ser entendido así porque es el Estado el que tiene a su cargo el deber de acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o del empleado. En consecuencia, para provocar la apertura de la instrucción formal y, con mayor razón, para intimar debidamente el hecho al imputado en declaración indagatoria, resulta imprescindible que el representante del Ministerio Público Fiscal y el juez instructor cuenten con elementos de convicción objetivos e independientes de la intervención subjetiva del encausado que demuestren, con el grado de probabilidad propio de esa etapa del proceso, un apreciable incremento patrimonial sin justa causa aparente, vale decir, que exceda crecidamente las posibilidades emergentes de los ingresos normales del funcionario o empleado. Por lo tanto, si la acción del funcionario o empleado "consiste en producir su enriquecimiento (ilegitimamente) y éste se prueba, la discusión no debe versar sobre la carga de la prueba sino sobre otra cuestión: si haber causado su propio enriquecimiento fue un acto jurídico o antijurídico. Que es exactamente la situación que se da en la legítima defensa, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber legal, y en otro sentido, en los tipos culposos" (Molinario y Aguirre Obarrio, *Los*

delitos, t. III, p. 387, Tea, Buenos Aires, 1999) (cfr. CNCas. Pen., "Pico, José Manuel s/Recurso de casación").

Por otra parte, de ninguna manera resulta admisible la relación que efectúa la defensa al afirmar que el "debido requerimiento de justificación" se constituye como violatorio de aquella garantía que establece "la prohibición de declarar contra sí mismo" establecida en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, ya que la justificación legalmente requerida sólo se habilitaría frente a un incremento patrimonial desmedido posterior a la asunción de un cargo o empleo público, y, cuando, además, ese aumento excede evidentemente las posibilidades económicas provenientes de ingresos legítimos.

De manera que la oportunidad del requerimiento de justificación por parte de la autoridad correspondiente es, simplemente, una posibilidad más de defensa del que ya es, de modo notorio, sospechado de enriquecimiento injustificado.

En tal situación, el funcionario o empleado público no es molestado por dicho requerimiento—antes, al contrario, lo favorece al darle ocasión de defenderse—, máxime cuando es consciente de que ese incremento apreciable, notorio, ha debido llamar la atención. Si no quiere justificar la procedencia de su hacienda, conociendo las consecuencias penales y sabiendo que "la prueba de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto"—tal como rezaba la versión del texto legal vigente a la época de comisión del hecho, que por resultar más favorable rige en el caso (art. 2º del Cód. Pen.)—; es decir, si se le otorga la posibilidad de aclarar su situación patrimonial y la desprecia, ningún derecho fundamental podría esgrimir como lesionado.

En consecuencia, siendo el enriquecimiento "apreciable", o sea, al menos notorio, el expreso requerimiento de su justificación, elevado en este caso—según su resultado—a condición objetiva de punibilidad, es un resguardo más de garantía a favor del imputado. El requerimiento, pues, no afecta el *nemo tenetur* y lejos está, entonces, de poder interpretarse como una inversión de la carga de la prueba que afecte el estado de inocencia (*in dubio pro reo*). En definitiva, el desarrollo que precede desvirtúa la posibilidad de entender que ese deber de justificar pueda importar una inversión de la carga de la prueba; pues como ya se dejó asentado *ut supra*, la obligación de probar que el aumento del patrimonio del funcionario

o empleado público no proviene de sus haberes o ingresos normales ni de otra fuente lícita es propia del fiscal, quien no es sustituido en esa carga por el imputado, el que sólo debe justificar la procedencia de su incremento patrimonial.

Y una vez más es de recalcar que este último tiene, frente al delito en examen, el derecho expreso escrito de justificar el incremento patrimonial, defensa que para su mayor protección ha sido incluida en el tipo como condición objetiva de punibilidad. Facultad que no puede entenderse, por tanto, como una obligación de declarar contra sí mismo, prohibida con alcance de garantía constitucional, como que está prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional (cfr. CNCas. Pen., sala I, "Pico, José Manuel s/Recurso de casa-ción").

TOFed. Nº 4, 31-5-2004, "A., M. J.", c. 648

Resulta cuestionable la individualización de esta figura penal como delito propio de omisión—desvinculado del acto previo de enriquecimiento—porque, para ello, el sujeto activo debe tener la efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada, pues de lo contrario su conducta distinta de la ordenada será atípica y esto implica no sólo disponer de capacidad física de realización de la conducta exigida sino, además, que el agente goce de absoluta libertad para poder realizar sin riesgo de autoincriminación la conducta requerida, de lo contrario se podría ver vulnerado el principio *nemo tenetur* y los artículos 18 de la Constitución Nacional; 8.2, 8.3 y, eventualmente, 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (del voto del

Dr. Carubia en disidencia).

No aparece congruente ni compatible con aquel delito autónomo de mera omisión la sanción prevista para la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento (conf.: art. 268 [2], 2º párr., Cód. Pen.), toda vez que ésta actúa positivamente participando en el ocultamiento del acto de enriquecimiento del funcionario, pero que sería anterior a la conducta omisiva punible y no la integraría. Ello además podría acarrear como consecuencia la objetiva factibilidad técnica de sus-pensión del juicio a prueba (conf.: art. 76 bis, 4º párr., Cód. Pen.) si la omisión punible no pertenece a un funcionario público en ejercicio de sus funciones (conf.: art. 76 bis, 7º párr., Cód. Pen.) (del voto del

Dr. Carubia en disidencia).

El criterio de que el delito consagrado en el artículo 268 (2) del Código Penal constituye un delito de omisión, en modo alguno se erige en un concepto unívoco e incontrovertible, sino que, por el contrario, ofrece reparos significativos en la dogmática penal cuyos mentores no logran racionalmente contrarrestar. La doctrina, advertida de la innegable vulnerabilidad de esta figura, creada para penar hechos delictivos indeterminados de los funcionarios públicos de difícil o imposible prueba, que presume la culpabilidad a partir de la omisión del agente de justificar la licitud de un enriquecimiento constatado, ha forzado un desplazamiento del objeto punible hacia la omisión de justificación, lo cual, sin perjuicio de los severos reparos que ofrece, ha permitido forjar una decorosa explicación dogmática en derredor de la pura tipicidad omisiva del delito que traslada el eje de la punición del concreto enriquecimiento ilícito del funcionario público –específico acto reprochable que se intenta prevenir– a la mera omisión de justificar un incremento patrimonial apreciable posterior a la asunción del cargo o empleo público, elaborando una fórmula que en principio pareciera aventar los fantasmas de los principios de legalidad y *nemo tenetur* que, entre otros, acechan la legitimidad constitucional de tal construcción legal (del voto del Dr. Carubia en disidencia).

STJ de Entre Ríos, Sala I Penal, 14-4-2003, "R., D. D.", WebRu-
binzal penal6.1.2.4.r1

La posición mayoritaria que convalida constitucionalmente la norma punitiva del artículo 268 (2) del Código Penal afirmando que se trata de un delito de omisión parece contradictoria con la explicación que se brinda para el resto del sistema penal, procurando encontrar en el acto de "no justificar" el núcleo de un acto omisivo autónomo que se escinde del previo acto positivo de "enriquecerse" y prescindir de él como integrativo de la acción delictiva. Ello llevaría a afirmar que aunque un tercero pruebe la absoluta licitud del enriquecimiento, el funcionario o ex funcionario que, debidamente requerido, omite proporcionar tal justificación o no lo haga de manera convincente quedaría igualmente atrapado por la figura delictiva, desde que a ésta no le importaría la licitud o ilicitud del enriquecimiento sino el cumplimiento de la justificación por parte del agente requerido. Dicha situación intrínsecamente revela una manifestación e inadmisión incoherente con la totalidad del sistema punitivo vigente en el que racionalmente la

conducta del agente sólo podría llegar a encuadrar en una desobediencia como delito de peligro abstracto (se citó especialmente Sancinetti, Marcelo A., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público* [art. 268, 2º, Cód. Pen.], p. 108, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994) (del voto del Dr. Carubia en disidencia).

STJ de Entre Ríos, Sala I Penal, 14-4-2003, "R., D. D.", WebRu-binzal penal6.1.2.3.r1

La extraña figura delictiva consagrada en el artículo 268 (2) del Código Penal tipifica un delito de comisión cuya conducta típica consiste en un apreciable enriquecimiento patrimonial ilícito por parte de un funcionario o empleado público verificado con posterioridad a la asunción de cargo o empleo. La "no justificación" no define lo ilícito sino que constituye una condición de procedibilidad que, como tal, no pertenece al concepto de delito; no afecta la existencia de un delito, sino sólo la posibilidad de su persecución procesal y, al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, mas ello no obedece a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino sólo a que éste no puede ser objeto de un proceso penal sin su previo cumplimiento (se citó Sancinetti, Marcelo A., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público* [art. 268, 2º, Cód. Pen.], p. 109, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., p. 163, PPU, Barcelona, 1990; Jescheck, Hans H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. II, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, p. 770, Bosch, Barcelona, 1981) (del voto del Dr. Carubia en disidencia).

STJ de Entre Ríos, Sala I Penal, 14-4-2003, "R., D. D.", WebRu-binzal penal6.1.2.6.r1

El objeto de represión penal no es otro que el enriquecimiento ilícito del funcionario y se acude necesariamente a esta peculiar figura frente a la confesada imposibilidad de probar los hechos concretos a través de los cuales se produce el enriquecimiento ilícito, supliendo esa prueba con una presunción derivada de la falta de justificación al serle debidamente requerida—omisión—; elaborando una fórmula para sancionar "hechos punibles" de enriquecimiento que logra abarcar el mayor número indeterminado de ellos (del voto del Dr. Carubia en disidencia).

STJ de Entre Ríos, Sala I Penal, 14-4-2003, "R., D. D.", WebRu-binzal penal6.1.2.5.r1

Resulta indispensable guiarse por la tesis tradicional y mayoritaria para decidir lo atinente a la posibilidad de prescripción de la acción penal seguida por el delito de enriquecimiento ilícito (art. 268.2, Cód. Pen.), considerando que estamos ante un delito complejo en tanto impone constatar un enriquecimiento patrimonial apreciable en el autor, pero al propio tiempo exige también que no se justifique debidamente su procedencia cuando sea formalmente requerido. Ello así, debe tomarse como momento de consumación del ilícito endiligado la fecha de presentación de la justificación por el instituido, luego del requerimiento judicial efectuado acerca de un supuesto enriquecimiento patrimonial considerable operado durante su ejercicio de la función pública provincial, el que ha sido al parecer considerado insatisfactorio por el a quo (del voto del Dr. Chiara Díaz por la mayoría).

STJ de Entre Ríos, Sala I Penal, 14-4-2003, "R., D. D.", WebRu-binza penal6.1.6.1.r1

1. Es constitucional el artículo 268, inciso 2º del Código Penal —en el caso, se condenó a un integrante del ex Concejo Deliberante por enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos— pues no se advierte ningún óbice constitucional en que a los funcionarios o empleados públicos se les exijan ciertos deberes en calidad de requisitos previos y permanentes a partir del inicio de la relación de empleo público, durante ella y hasta determinado tiempo posterior a su desvinculación de la función, que en ciertos casos importan renunciadas admisibles a garantías fundamentales, como la obligación de presentar declaración juradas patrimoniales que significan resignar el derecho a la privacidad.
2. Es inadmisibles confundir la prohibición de declarar contra sí mismo establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional con la justificación requerida frente a un incremento patrimonial desmedido posterior a la asunción de un cargo o empleo público —en el caso se condenó a un integrante del ex Concejo Deliberante por enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos—, cuando ese aumento excede en forma evidente las posibilidades económicas provenientes de ingresos legítimos.
3. El requerimiento de justificación exigido por el artículo 268, inciso 2º del Código Penal —que reprime el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos— no constituye una inversión de la carga de la

prueba—con afectación del principio de inocencia—ni la vulneración del derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

CNCas.Pen., sala I, 8-5-2000, “P., J. M. y otra”, L. L. 2001-D-252, CD L. L.

Es el Estado el que debe probar los extremos de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 268 (2) del Código Penal, no invirtiéndose la carga de la prueba.

El incumplimiento del deber de justificar que asigna el tipo penal del artículo 268 (2) del Código Penal no conlleva una condena ni importa una presunción de culpabilidad, siendo tarea del Estado—a través del Ministerio Público Fiscal—probar la existencia de un injustificado enriquecimiento apreciable, vinculado al ejercicio de la función pública.

Crim. 7º Norm. de Córdoba, 20-10-98, “A., C. M. y otros”, L. L. 2000-A-251

Acreditada la presencia de un grueso enriquecimiento y ante la ausencia de la mínima explicación, corresponde la aplicación del tipo de enriquecimiento ilícito, sin que aparezca ninguna norma constitucional afectada.

CNCor., Sala de Feria, 15-1-98, “P., J. M.”, L. L. 1998-F-733, CD L. L.

El artículo 268, inciso 2º del Código Penal en cuanto tipifica la no justificación de la procedencia del enriquecimiento patrimonial del funcionario, no consagra una presunción sino que impone un deber y sanciona un incumplimiento, por lo cual cabe descartar su inconstitucionalidad.

CNCor., Sala de Feria, 15-1-98, “P., J. M.”, J. A. 1998-IV-B-195, CD J. A.

1. El delito de enriquecimiento ilícito del funcionario público no persigue la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia de enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción, sino que está imponiendo un deber y sancionando su incumplimiento, por lo que la figura no está en pugna con disposición constitucional alguna.

2. La figura del enriquecimiento ilícito de funcionario público viola tanto el principio de culpabilidad como el de inocencia, por lo que resulta inconstitucional (del voto en disidencia del Dr. Donna).

CNCCor, sala I, 11-6-98, "V., J. A.", L. L. 1999-B-336, D. J. 1999-2-140; CD L. L.

El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, artículo 268, inciso 2º, Código Penal, no viola ningún derecho protegido constitucionalmente, pues la acción no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento. El dispositivo legal tiende a resguardar el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios, y a evitar que esas funciones se utilicen para beneficiar al agente al margen de la ley, en vez de procurar el bienestar general, como es el deber genérico del servidor público.

CNCCor, sala I, 11-6-98, "P., J. R.", CD J. A.

Disidencia del Dr. Donna: Tal como está redactado el tipo penal en estudio, entiendo que hay serias dudas en cuanto a su constitucionalidad, pues se plantean dificultades tanto en el Derecho de fondo, en cuanto se lesiona el principio de culpabilidad, como en el Procesoal respecto a la declaración contra sí mismo. En conclusión, el artículo 268, inciso 2º, Código Penal, es lesivo de normas fundamentales establecidas en la Constitución Nacional, artículo 18 y artículo 8º, inciso 2º, g, de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a la Ley Fundamental por el artículo 76, Constitución Nacional.

Incurre en el delito de enriquecimiento ilícito el funcionario que luego de ser requerido formalmente para que justifique el aumento de su patrimonio en el período en que se desempeñó en la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, no cumple con la justificación exigida y no acredita el origen de los fondos con los cuales adquirió un departamento. La normativa dispuesta en el artículo 268, inciso 2º del Código Penal no viola ninguna norma constitucional, pues este dispositivo legal tiende a resguardar el honesto y correcto comportamiento de los funcionarios, y a evitar que esas funciones se utilicen para beneficiar

al agente al margen de la ley, en vez de procurar el bienestar general, como es el deber genérico del servidor público.

CNCCor, sala I, 11-5-99, "N., M.", CD J. A.

Disidencia del Dr. Donna: El artículo 268, inciso 2º, Código Penal, genera serias dudas en cuanto a su constitucionalidad, ya que si un funcionario público hereda una fortuna en el extranjero y luego no justifica su aumento patrimonial, su conducta encuadraría en este delito, con lo cual el principio de culpabilidad quedaría inexistente.

No se sabe si la norma mencionada es un tipo de comisión o de omisión. En el primer caso, la conducta típica sería la de enriquecerse ilícitamente mediante el ejercicio de la función pública, pero si se afirma que es un delito de omisión, la cuestión se vuelve más compleja, porque sería una omisión de declarar el origen del aumento patrimonial, lo cual no es más que una mera desobediencia ante el requerimiento del juez.

Sería un tipo penal que es completado por el juez o por el fiscal en el momento del ejercicio de la acción penal, ya que al hacer el requerimiento de justificación se cierra el tipo; a no ser que se sostenga que este último aspecto es sólo una cuestión de procedibilidad.

En síntesis, constituye una elaboración desafortunada, que viola tanto el principio de culpabilidad como el de presunción de inocencia.

No resulta inconstitucional el artículo 268, inciso 2º del Código Penal, ya que la acción penal no consiste en la de enriquecerse, sino en la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no esta consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento.

CNCCor, sala I, 23-8-99, "M., M. P.", J. A. 2001-II-B, síntesis; CD J. A.

La figura de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos no afecta garantía constitucional alguna.

CNCCor, sala IV, 4-10-99, "G., R. A.", L. L. Supl. Penal 2002 (abril), p. 31; L. L. 2002-B-712; L. L. 2000-D-781; D. J. 2000-3-134; CD L. L.

I. No viola ningún derecho constitucionalmente protegido la redacción del artículo 268, inciso 2º del Código Penal, en la medida que la

acción descrita no es enriquecerse, sino no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando su incumplimiento.

2. Resulta inconstitucional el tipo penal del enriquecimiento ilícito del funcionario público—artículo 268, inciso 2º, Código Penal—en la medida que resultan lesionadas las normas fundamentales establecidas en la Constitución Nacional, tales como el artículo 18 y el artículo 8.2.g, de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada la misma por el artículo 75, inciso 22 (del voto en disidencia del Dr. Donna).

CNCCorr., sala I, 11-5-2000, “S., A.”, J. A. 2001-II-B, síntesis; CD J. A.

La norma del artículo 268-2 del Código Penal impone al magistrado a cargo de la investigación acreditar primeramente, y sin colaboración alguna del investigado, que se haya producido un incremento patrimonial “apreciable”, y que, además, no guarde una correspondencia objetiva con los ingresos que el funcionario debía obtener en algún período. Sólo después de comprobados esos extremos negativos es que se justifica llamarlo a dar explicaciones sobre esa diferencia. Y será en el caso de que omita toda justificación al respecto en que podrá habilitarse la incriminación por este delito de omisión (del voto de la mayoría).

Debe descalificarse la resolución que dispone el procesamiento del funcionario público en orden al tipo penal de enriquecimiento ilícito si ab initio se le ha pedido al funcionario investigado que explique su situación patrimonial y de razón de sus ingresos, y a partir de sus dichos se han realizado diversas medidas probatorias y se valoró en su contra los incumplimientos a esa obligación de aporte de pruebas impuesta por el juez de la causa, las cuales le permitieron concluir que aquél no había dado las explicaciones pertinentes, por ejemplo, sobre los ingresos de su ex mujer, el inmueble donde viven sus padres, el importe de un alquiler, etcétera, siendo que, jurídicamente, no era el quien debía probar, sino el magistrado interviniente, con prescindencia del imputado (del voto de la mayoría).

CNCCorr., sala I, 31-7-2000, “L., S. C.”, WebRubinzal penal6.1.1.1.r1

1. Tal como se encuentra redactado el tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268.2 del Cód. Pen.) resulta inconstitucional. Por ejemplo, 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 en el artículo 268.2, aunque el enriquecimiento haya sido lícito, con lo cual el principio de culpabilidad, que tiene jerarquía constitucional, quedaría lisa y llanamente inexistente.

2. El tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268.2 del Cód. Pen.) es inconstitucional dado que, si en el legítimo derecho que la Constitución reconoce a toda persona, el funcionario público decide abstenerse de declarar, tal acto lo llevaría sin más a la condena.

3. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268.2 del Cód. Pen.) resulta inconstitucional puesto que se trata de un tipo penal que es completado por el juez, o por el fiscal en el momento del ejercicio de la acción penal, ya que al hacer el requerimiento de justificación se cierra el tipo penal. A no ser que se sostenga que este último aspecto es sólo una condición de procedibilidad.

4. En el caso del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268.2 del Cód. Pen.) estamos ante una elaboración desafortunada de un tipo penal, que viola tanto el principio de culpabilidad, como el de presunción de inocencia, lesionando normas fundamentales de la Constitución Nacional (arts. 18 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada a la Ley Fundamental por el art. 76) (del voto en disidencia del Dr. Edgardo A. Donna).

CNCor, sala I, 31-7-2000, "L., S. C.", WebRubinzal penal6.1.2.1.r1

Con relación al tipo del artículo 268 del Código Penal, la primera carga la cumple el Estado al acreditar el enriquecimiento patrimonial apreciable y la necesidad de justificar (el incremento desproporcionado de sus ingresos) es parte de los deberes que corresponden al funcionario a quien nadie obligó a aceptar y gozar el cargo público. Por ello, aunque el intimado decida no contestar aquel requerimiento, al Estado le resta la carga de comprobar que el aumento patrimonial tampoco se encuentra justificado y el funcionario tendrá todas las alternativas

procesales que cualquier imputado posee en aras de ejercer debidamente el derecho de defensa en juicio.

Si el funcionario se colocó en la imposibilidad de acreditar la legitimidad de su incremento patrimonial, habrá violado la transparencia que pretende proteger la norma represiva y con ello, la invitación a responder sobre elementos de cargo ya colectados es una alternativa más, un derecho más, no una forma de violar garantías de la Carta Magna.

Cuando aparece lesionada la referida transparencia de la función pública, se genera la obligación de restablecer las cosas a su primitiva condición; así, cuando se aceptó el cargo, el funcionario generó el deber de respetarlo y cumplir, de buen grado o movido por las consecuencias de no hacerlo, lo que reclama el deber. Es decir que si existen elementos que permitan imputar algún enriquecimiento indebido, debe justificarse dicho incremento, para reparar el posible daño a las instituciones que la injustificación acarrea. El incumplimiento ético de no justificar permite sólo la iniciación del proceso y la posibilidad de instruir sumario al prever—como en todos los casos—la posibilidad de adecuarse la conducta al tipo penal de referencia.

Ello por cuanto, al ingresar a la función, se generó una deuda, un compromiso que sólo puede saldarse si se elimina el daño que algún malentendido pueda ocasionar. Allí reside la necesidad y potestad del Estado para reclamar a los administradores la justificación de lo que puede aparecer como ilegítimo.

Debe tenerse en consideración que el artículo 902 del Código Civil reza: “Cuantos mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” y el artículo 904 ídem establece: “Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”.

Con ello y en cuanto un precepto legal debe ser interpretado en todo su contexto legal, y propugnar preferentemente por su validez y sólo como última alternativa por la inconstitucionalidad, debe rechazarse el planteo de la defensa.

Asimismo y en cuanto el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268, párrafo segundo del Código Penal, requiere para su configuración un notorio incremento del patrimonio del imputado

durante el período en que ejerció la función pública y una falta de justificación de su origen; si del informe del peritaje contable se acredita que los ingresos del matrimonio cubrirían los egresos, debe considerarse que no se encuentran reunidos los extremos previstos en el artículo 306, CPPN, como para homologar los procesamientos decretados.

CNCCor, sala I, 4-11-2002, "A., J. M.", c. 18.150, BJCNCor. Nº 4/2002; WebRubinzal penal6.1.2.2.r1

Fundamentos del Dr. Donna: El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268, inciso 2º, Código Penal es inconstitucional, razón por la cual corresponde revocar la resolución recurrida por la defensa de los imputados.

1. El artículo 268-2 del Código Penal, que legisla el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, viola el principio de inocencia pues autoriza la imputación del ilícito por mera suposición de su ocurrencia y pone a cargo del imputado la prueba negativa de la no ocurrencia del hecho punible.

2. Es inconstitucional el artículo 268-2 del Código Penal que legisla el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, pues viola el principio de inocencia y la garantía de no declarar contra sí mismo en tanto impone al funcionario o empleado la obligación de justificar el incremento patrimonial, es decir, que éste no proviene de un accionar delictuoso en el curso de la función pública.

3. El artículo 268-2 del Código Penal, que legisla el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, no atenta contra los principios de culpabilidad e inocencia al imponer al acusado la obligación de justificar su enriquecimiento patrimonial, pues es el juez de instrucción quien requiere la justificación luego de desarrollar una investigación que a su entender pone en evidencia que el incremento patrimonial es considerablemente apreciable y no guarda natural relación con sus ingresos (del voto en disidencia del Dr. López Moras).

4. El artículo 268-2 del Código Penal, que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, protege como bien jurídico honestidad y la transparencia, los que, al ser lesionados mediante la falta de justificación del enriquecimiento patrimonial, legitiman el tipo penal (del voto en disidencia del Dr. López Moras).

5. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

(art. 268-2, Cód. Pen.) es de omisión pues el sujeto activo debe justificar las razones de un progreso económico desproporcionado constatado en el período del ejercicio de sus funciones, obligación que no aparece como inconstitucional en tanto se funda en los dos últimos párrafos del artículo 36 de la Constitución Nacional y en la ley 3886/53 de la Provincia de Entre Ríos (del voto en disidencia del Dr. López Moras).

6. El requerimiento para que el funcionario público justifique la procedencia del enriquecimiento patrimonial conforme a lo establecido en el artículo 268-2 del Código Penal –enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados– no importa una inversión de la carga de la prueba o una imposición de declarar contra sí mismo, pues el ilícito no está dado por el enriquecimiento en sí mismo sino por la falta de justificación del incremento (del voto en disidencia del Dr. López Moras).

Capel, de Concepción del Uruguay, Sala Penal, 10-7-2001, “T., S. Y. y otro”, L. L. Litoral 2001-1348; CD L. L.

IV. Justificación del enriquecimiento

1. La única justificación que requiere el tipo de enriquecimiento ilícito es la acreditación de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función.

2. El enriquecimiento será apreciable a los fines del tipo del enriquecimiento ilícito cuando resulte considerable con relación a la situación económica del sujeto al momento de asumir el cargo y no esté de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo de desempeño de la función.

3. Corresponde confirmar el procesamiento por el delito de enriquecimiento de funcionario público de aquel a quien se le verificó un notorio aumento de su patrimonio comparando el inicio y el fin de su actividad en la función pública e, impuesto legalmente para que justificara ese incremento patrimonial, no dio explicación alguna al respecto.

CNCCor., sala A, 15-1-98, “P., J. M.”, L. L. 1998-F-733; CD L. L.

1. El “debido requerimiento” al que alude el artículo 268-2 del Código Penal es el acto emanado de autoridad pública por el cual se intima con

fuerza de ley, al funcionario o ex funcionario, haciéndole saber de la constatación de un incremento apreciable de su patrimonio o del desempeño de la función, y tiene por objeto la justificación con razones o argumentos convincentes de que la procedencia del mismo reconoce un origen legítimo.

2. El requerimiento al que se refiere el artículo 268-2 del Código Penal debe ser específico, sin omisión de particularidad alguna en cuanto a evidenciar accidentes de tiempo, lugar y modo.

3. El "requerimiento debido" al que alude el artículo 268-2 del Código Penal no puede ser suplido por el acto de la indagatoria judicial llevado a cabo por el juez de instrucción, por cuanto, siendo el mismo una exigencia del tipo, su ausencia en forma impide la justificación y en consecuencia la tipificación de la conducta punible. 4. El tipo del artículo 268-2 del Código Penal exige que vencido el término del requerimiento debido el funcionario público no justifique o su justificación sea insuficiente para que su conducta sea penalmente relevante, de lo contrario, sólo consistiría en enriquecimiento apreciable que se presume ilícito.

5. El término a tener en cuenta para la tipificación de la conducta punible del artículo 268-2 del Código Penal es el del vencimiento del plazo del requerimiento formulado por autoridad competente.

CCrim. 7ª Nom. de Córdoba, 20-10-98, "A., C. M. y otros", L. L. 2000-A-251

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268-2, Cód. Pen.) es un delito instantáneo, que se consuma por la falta de justificación del incremento patrimonial o el mero silencio del encartado en el momento del emplazamiento.

Capel. de Concepción del Uruguay, Sala Penal, 10-7-2001, "T., S. Y. y otro", L. L. Litoral 2001-1348, CD L. L.

V. Autoría y participación

1. El dolo del partícipe necesario del delito tipificado por el artículo 268 (2) del Código Penal se manifiesta en la colaboración que brinda al autor al prestar su nombre para encubrir las inversiones por

el realizadas, a sabiendas de que el funcionario público está violando las normas que protegen la corrección funcional.

2. El artículo 268 (2) del Código Penal no describe una acción punible para el caso del testarferro, pues esta sólo se prevé para quien sea autor principal. Pero, al fijar dicha norma un modo de realización del tipo que incluye la colaboración de terceras personas, el castigo de éstas está señalado por el concurso que prestan al funcionario para disminuir su enriquecimiento.

CCrim. 7ª Norm. de Córdoba, 20-10-98, "A., C. M. y otros", L. L. 2000-A-251

Se desestimará por inexistencia de delito la denuncia que tiene por objeto que se investigue el incremento patrimonial de la imputada, con el fin de constatar si para ello infringió normas tributarias, pues no reviste el cargo de funcionario público. El órgano judicial no integra un Estado gendarme con interés en conocer el modo en que todo habitante de la Nación logre aumentar su patrimonio en desconocimiento de la máxima prevista en el artículo 19, Constitución Nacional.

CNCCorr., sala IV, 24-2-99, "G., B.", CD J. A.

VI. Concurso de delitos

El enriquecimiento ilícito de funcionario público previsto por el artículo 268, segunda parte, del Código Penal concurre idealmente con el delito de falsificación del documento privado presentado como justificativo del ingreso patrimonial cuestionado.

CFed.CCcorr., sala I, 17-7-2001, "A., M. J. y otro", c. 32.438, BCFed.CCcorr., WebRubinzal penal6.1.4.1.r1

OMISIÓN DE PRESENTACIÓN DE DECLARACIÓN JURADA (Art. 268 [3] del Cód. Pen.)

Enquadra prima facie en el delito de omisión maliciosa de datos en la declaración jurada del funcionario público (art. 268, inc. 3º, Cód. Pen.) no consignar la existencia de una cuenta corriente abierta en un país extranjero por parte de un ex presidente de la Nación; máxime si se tiene en cuenta el elevado monto de las sumas de los depósitos ingresados en ella, lo que permite sostener que el imputado habría

tenido motivos para sustraer la existencia de la cuenta en cuestión del controlador de las autoridades nacionales pertinentes.

CFed.CCort., sala II, 19-12-2003, "M., C. S.", LexisNexis online

Incurrirá en el delito de omisión maliciosa por insertar datos en la declaración jurada, "...quien falte a la verdad en su declaración, quien se manifieste, en términos patrimoniales, en discordancia con la realidad económica. Y a ello puede llegarse bien por vía de falsedad -mutación u ocultamiento de la verdad- o por vía de omisión -no inclusión-. Ello ocurre si se omitió, en forma maliciosa, declarar que la esposa del encausado poseía una participación societaria en una sociedad cocontratante -prestadora- de la entidad pública donde asumió como funcionario.

CFed.CCort., sala I, 17-7-2001, "T., A. D. y A., J. s/Infr. arts. 268 (3), 265, 173, inc. 7º..."; P.J.N. Intranet

PREVARICATO (Art. 269 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo 1. Acción típica

El prevaricato requiere que la sentencia condenatoria se haya fundamentado en hechos que no existieron, o que no existen o que no han sido presentados tal como los presenta el juzgador, a sabiendas de esta circunstancia.

Si del cotejo de las actas del debate con la sentencia condenatoria del tribunal oral surge que los testimonios del damnificado y de los testigos han sido interpretados por los magistrados de simular manera a lo relatado, sin observarse omisiones maliciosas de prueba o de circunstancias diferentes a las descriptas, no se advierte a simple vista su falsedad, y ello excluye el elemento típico del ilícito, deja de manifiesto el acierto de la desestimación de la denuncia y obliga a imponer las costas de Alzada al perdidoso (arts. 530 y 531, CPPN).

La norma que tipifica el prevaricato y en la parte que refiere a "hechos falsos" afirmados, significa que por tal debe tenerse a afirmar como existente en autos algo que no existe o, lo mismo, negar la existencia en autos de algo que existe. Este hecho no pasa por ser algo que pueda quedar librado al criterio del juez o de cualquier otro juzgador porque se trata de un hecho probado en la causa.

El perjuicio no consiste en la discrepancia entre los hechos afirmados por el testigo y los hechos reales, sino en la diferencia entre los hechos "declarados" y los hechos "sabidos". El prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho o hecho declarado y el derecho o hecho objetivo, sino entre el derecho o hecho "declarado" y el "conocido". O sea, que no está en la proposición afirmada sino en la relación entre esta proposición y el estado de creencia en la mente del juez. O sea que para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Y para ello será igualmente preciso investigar los "motivos" que pueden haber torcido el pronunciamiento.

JEMF de La Plata, 12-5-98, "V., A. B. s/Enjuiciamiento", LP 1142, RSD-1142-95 S, eIDial - WF77D

Los jueces en el marco de las decisiones jurisdiccionales y de trámite que se encuentran a su cargo, gozan de total independencia, tanto en orden a su valoración a fin de analizar los hechos y adecuar las conductas en función de su lógica y sana crítica, con basamento en el marco normativo vigente; como a la interpretación de las leyes cuando evalúan que la situación corresponde a una materia opinable; también se ha de contemplar la eventualidad de error de los jueces por lo que, en función de la posibilidad que aporta el sistema de revisión de sus decisiones, ello no debe ser considerado a los fines del enjuiciamiento de un magistrado.

También el legislador ha entendido que, cuando quien debe llevar a cabo tal tarea, se aparta de la ley expresa que haya sido invocada por las partes o por el mismo, mediante resoluciones contrarias a ella, su conducta será punible en la medida en que su actuar haya estado inspirado en la conciencia de la antinormatividad.

Frente a ello, se advierte que supone un delicado equilibrio, y la necesidad de actuar con suma prudencia cuando se ha de analizar la proyección de la conducta de un juez, en función de sus posibles desaciertos, y la intencionalidad en su comisión.

En orden al dolo que exige la figura en trato, se advierte que más allá de cualquier interpretación que el magistrado efectuara en su momento, la reiteración de su apartamiento de la imposición legal se mantuvo a sabiendas de que su actuación era contraria a dicha exigencia. Así las cosas, cabe concluir a esta altura y con el grado de provisionalidad que esta etapa conlleva, que su repetido apartamiento de la exigencia prevista por el artículo 16, de la ley 23.771, fue llevado a cabo a sabiendas de su antinormatividad, por lo que corresponde convalidar lo decidido por el señor juez a quo en este aspecto.

CFed. de San Martín, Sala Esp., Secr. Penal Nº 3, 28-12-2001, "M. D., R. s/Art. 296, Cód. Pen.", c. 1110/01, reg. 2294 bis (Int.), JF2M7, Ficha Nº 323.01, eIDial - WS236
Se citó: CSJN, entre otros en Fallos: 274:415 y 271:175

a) Prevaricato de Derecho

No constituye el delito de prevaricato (art. 269, Cód. Pen.) el apartamiento de una doctrina plenaria por parte de un magistrado si éste, al resolver el caso, no citó el artículo 303, Código Procesal y el mismo no fue invocado por las partes.

CNCas. Pen., sala I, 5-10-94, J. A. 1995-II-556

El prevaricato de Derecho exige el dictado de una resolución contraria a la ley, expresamente invocada por las partes o por el juez, a sabiendas de esa contradicción, no bastando el error o la negligencia.

CNCor., sala V, 26-8-99, "W., Z.", c. 11.618

Con relación al prevaricato "no consiste en que la resolución impugnada sea objetivamente contraria a la ley o se funde en una errónea interpretación del Derecho, casos en los cuales toda sentencia revocada constituiría un delito de prevaricato, sino en la malicia o mala fe del juzgador. Corresponde rechazar la denuncia, si tal circunstancia ni siquiera aparece invocada concretamente". Con ello, el sobresesimiento decretado debe ser confirmado.

CNCor., sala VI, 26-2-2003, "L., S. E.", c. 20.093, eIDial - A11916

No prevarica el juez que simplemente elige una ley distinta a la invocada por las partes para fundar su resolución.

La decisión del magistrado laboral ha sido conforme a Derecho, pues el artículo 277 de la LCT faculta al juez que entiende en una demanda laboral a rechazar cualquier tipo de acuerdo extrajudicial al que pudieran arribar las partes en conflicto. Dicha norma constituye un resguardo para la parte más vulnerable en la relación laboral al evitar acuerdos extrajudiciales que puedan perjudicarlo.

Por ello, la resolución dictada (condena del aquí querellante) no resulta arbitraria sino contraria a los intereses del querellante. En consecuencia, debe confirmarse el auto de primera instancia que dispuso el sobreseimiento del imputado en orden al delito de prevaricato (art. 269, Cód. Pen.) e imponer las costas de ambas instancias a la parte vencida.

CNCCor., sala V, 18-2-2003, "L., F.", c. 20.484, elDial - A11959

No se advierte que esté incurso en el delito de prevaricato la decisión de un juez que expulsa al querellante por supuestas interrupciones de testigo. Tampoco lo es la indicación de causales de exclusión de público de las audiencias. El prevaricato se configura cuando se dicta una resolución que mande o prohíba lo contrario de lo que mande o prohíba la ley expresa.

CFed.CCor., sala I, 24-6-99, "S., F. s/Desestimación denuncia", c. 30.402, reg. 453, elDial - AJ978

No incurrir en prevaricato la conducta de un juez que rechaza la negligencia imputada en un cuaderno de prueba, con fundamento en lo normado por el artículo 313, inciso 3º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto le es ajena a la figura la discusión acerca de la corrección del enfoque jurídico del juzgador. Máxime en casos como el relativo al punto, en el que la norma aplicada contendría un principio que el magistrado a cargo del proceso pudo válidamente considerar de aplicación al tema que debía resolver.

CFed.CCor., sala I, 24-6-99, "S., F. s/Desestimación denuncia", c. 30.402, reg. 453, elDial - AJ979

En los términos del artículo 269, párrafo 1º del Código Penal: "...el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare para fundarlas hechos o resoluciones falsas...", de la acusación se infiere que funda la misma en la primera

parte de la norma legal citada es decir, contraria a la ley expresamente invocada por las partes o por el mismo, por lo que nos encontramos ante un prevaricato de Derecho. Esa contradicción entre la resolución y la ley tiene que ser además de subjetiva, objetiva, es decir es necesario que el juez "crea" que resuelve en contra de la ley que invoca, y que realmente la resolución la contradiga. Lo punible es por tanto la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquella.

JEMF de La Plata, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", LP 760, RSD-760-97 S, eIDial - WE66D

Cada cuestión dudosa o, aún más, cada sentencia revocada por lo que se considera errónea aplicación del Derecho, no genera—automáticamente—la calificación de prevaricato.

JEMF de La Plata, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", LP 760, RSD-760-97 S, eIDial - WE676

El prevaricato (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 arguido 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. s/Enjuiciamiento", LP 1537, RSD-1537-97 S, eIDial - W105BB

Configurase el delito de prevaricato (arts. 269, Cód. Pen. y 20, inc. k, ley 8085) en tanto la fundamentación del sobreseimiento provisional en causas de justificación que se dan por fehacientemente demostradas y que de ser ciertas, hubieron de motivar un sobreseimiento definitivo, evidencia que la decisión ha sido dictada de modo incompatible con la ley expresa que gobierna el régimen de ambos tipos de sobreseimiento.

JEMF de La Plata, 17-12-98, "A., E. E. s/Enjuiciamiento", LP 1537, RSD-1537-97 S, eIDial - W105C0

b) *Prevaricato de hecho*

La norma que tipifica el prevaricato y en la parte que refiere a "hechos falsos" afirmados, significa que por tal debe tenerse a afirmar como existente en autos algo que no existe o, lo mismo negar la existencia en autos de algo que existe. Este hecho no pasa por ser algo que pueda quedar librado al criterio del juez o de cualquier otro juzgador porque se trata de un hecho probado en la causa.

JEMF de La Plata, 12-5-98, "V. A. B. s/Enjuiciamiento", LP 1142, RSD-1142-95 S, eIDial - WF77C

Si bien el artículo 179 del digesto procesal de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (concordante con el art. 196 del CPCCN), en principio avalaría la discutible intervención del juez incompetente en los casos de extrema urgencia, no se advierte la premura requerida si la accionante del amparo ya había cobrado sus depósitos y plazos fijos pesificados en razón de su edad.

Se hace evidente la falencia de la magistrada si se considera que el amparo únicamente versaba sobre la diferencia de la base de cálculo para la pesificación de los depósitos en dólares o el pago de la diferencia en moneda extranjera.

A ello debe sumarse que la jueza era incompetente en razón del territorio—el domicilio real del presentante era en la ciudad de Bahía Blanca—, por lo que sería competente el juez del lugar en el que el acto lesivo se exteriorice, tuviere o pudiere tener efecto, toda vez que toda la documentación demuestra que se exteriorizó y habría tenido consecuencia en la ciudad donde se efectivizó el pago, y esta cuestión ni siquiera fue tenida en cuenta por la magistrada en su decisión, lo que demuestra una ligereza en su actuar.

En su sentencia se advierte el delito de prevaricato, al manifestar la magistrada que la cuestión de urgencia estribaba en que la reprogramación de los depósitos afectaba a la accionante pues no los cobraría en su totalidad hasta el año 2004 según el cronograma establecido por el Poder Ejecutivo, sin embargo, el reclamo de la accionante se limitaba a pedir la diferencia que habría entre lo devuelto al tipo de cambio establecido por el decreto y la cotización del dólar en el mercado abierto, toda vez que a la ahorrista octoge-

naria le fueron reintegrados sus depósitos, aunque pesificados a una relación de cambio inferior.

Esta contradicción también surge al prohibir la reprogramación de depósitos que se devolvieron en su totalidad, lo cual se condice con la figura del prevaricato de hecho, pues se sustenta en una afirmación falsa y contraria a los elementos acercados por la accionante.

Por ello, debe confirmarse el auto que dispuso el procesamiento de la imputada en orden al delito de prevaricato (art. 269 del Cód. Pen.).

CNCCor., sala V, 16-5-2003, "P. E., E. y otros", c. 21.215

II. Tipo subjetivo

El prevaricato requiere que la sentencia condenatoria se haya fundamenteado en hechos que no existieron, o que no existen o que no han sido presentados tal como lo presenta el juzgador, a sabiendas de esta circunstancia.

Si del cotejo de las actas del debate con la sentencia condenatoria del tribunal oral surge que los testimonios del damnificado y de los testigos han sido interpretados por los magistrados de simular manera a lo relatado, sin observarse omisiones maliciosas de prueba o de circunstancias diferentes a las descriptas, no se advierte a simple vista su falsedad, y ello excluye el elemento típico del ilícito investigado.

Por ello, la ausencia de los elementos típicos constitutivos del ilícito deja de manifestarse el acierto de la desestimación de la denuncia y obliga a imponer las costas de Alzada al perdidoso (arts. 530 y 531, CPPN).

CNCCor., sala V, 20-3-2003, "TOC. Nº 6 y otros", c. 20.763, eIDial - A1195A

En los términos del artículo 269, párrafo 1º del Código Penal: "...el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo se infiere que funda la misma resoluciones falsas...", de la acusación se infiere que funda la misma en la primera parte de la norma legal citada es decir, contraria a la ley expresamente invocada por las partes o por el mismo, por lo que nos encontramos ante un prevaricato de Derecho. Esa contradicción entre la resolución y la ley tiene que ser además de subjetiva,

objetiva, es decir es necesario que el juez "crea" que resuelve en contra de la ley que invoca, y que realmente la resolución la contradiga. Lo punible es por tanto la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquella.

JEMF de La Plata, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", LP 760, RSD-760-97 S, PGBA, eIDial - WE66D

No todo error de interpretación judicial constituye el delito de prevaricato, descripto en el artículo 269 del Código Penal. Trátase de un delito muy grave –que los romanos parificaron al parricidio– y que requiere un apartamiento deliberado y tortuoso de la ley aplicable al caso. El apartamiento además de doloso, ha de ser manifiesto. Excluye a los casos que constituyen temas o cuestiones opinables en la aplicación del Derecho al caso concreto. Una aplicación apresurada o generalizada de esta calificación delictiva a posibles errores judiciales desalentaría el desempeño de funciones de juez.

JEMF de La Plata, 26-6-97, "L., R. O. s/Enjuiciamiento", LP 760, RSD-760-97 S, eIDial - WE671

El perjuicio no consiste en la discrepancia entre los hechos afirmados por el testigo y los hechos reales, sino en la diferencia entre los hechos "declarados" y los hechos "sabidos". El prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho o hecho declarado y el derecho o hecho objetivo; sino entre el derecho o hecho "declarado" y el "conocido". O sea, que no está en la proposición afirmada sino en la relación entre esta proposición y el estado de creencia en la mente del juez. O sea que para imputar un hecho como prevaricato no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Y para ello será igualmente preciso investigar los "motivos" que pueden haber torcido el pronunciamiento.

JEMF de La Plata, 12-5-98, "V., A. B. s/Enjuiciamiento", LP 1142, RSD-1142-95 S, eIDial - WF77D

La conducta de calificar hechos de la causa, para caer en la tipicidad penal, no sólo debe ser dolosa, sino de dolo directo, ni siquiera admite tentativa [...] el error de Derecho excusa la culpabilidad [...] todo

aquello que caiga dentro de los límites de la interpretación está fuera de la figura del prevaricato.

JEMF de La Plata, 15-7-99, "V., E. I. s/Enjuiciamiento", LP 1804, RSD-1804-98 S, eIDial - W111D1

Los jueces en el marco de las decisiones jurisdiccionales y de trámite que se encuentran a su cargo, gozan de total independencia, tanto en orden a su valoración a fin de analizar los hechos y adecuar las conductas en función de su lógica y sana crítica, con basamento en el marco normativo vigente, como a la interpretación de las leyes cuando evalúan que la situación corresponde a una materia opinable; también se ha de contemplar la eventualidad de error de los jueces por lo que, en función de la posibilidad que aporta el sistema de revisión de sus decisiones, ello no debe ser considerado a los fines del enjuiciamiento de un magistrado.

También el legislador ha entendido que, cuando quien debe llevar a cabo tal tarea, se aparta de la ley expresa que haya sido invocada por las partes o por él mismo, mediante resoluciones contrarias a ella, su conducta será punible en la medida en que su actuar haya estado inspirado en la conciencia de la antinormalidad.

Frente a ello, se advierte que supone un delicado equilibrio, y la necesidad de actuar con suma prudencia cuando se ha de analizar la proyección de la conducta de un juez, en función de sus posibles desaciertos, y la intencionalidad en su comisión.

En orden al dolo que exige la figura en trato, se advierte que más allá de cualquier interpretación que el magistrado efectuara en su momento, la reiteración de su apartamiento de la imposición legal se mantuvo a sabiendas de que su actuación era contraria a dicha exigencia.

Así las cosas, cabe concluir a esta altura y con el grado de provisoriedad que esta etapa conlleva, que su repetido apartamiento de la exigencia prevista por el artículo 16, de la ley 23.771, fue llevado a cabo a sabiendas de su antinormalidad, por lo que corresponde convalidar lo decidido por el señor juez a quo en este aspecto.

CFed. de San Martín, Sala Esp., Sect. Penal Nº 3, 28-12-2001, "M. D., R. s/Art. 296, Cód. Pen.", c. 11110/01 (Int.), reg. 2294 bis, JF2M7, Ficha Nº 323.01, eIDial - WS236

Se citó: CSJN, entre otros en Fallos: 274:415 y 271:175

PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL
(Art. 270 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

1. No es aplicable al caso la figura contemplada en el artículo 270 del Código Penal si surge del proceso que por ante la justicia provincial tramitara contra el detenido, que le fue dictado su procesamiento en orden al delito de hurto reiterado de automotor en calidad de partícipe necesario—por resolución consentida por las partes— y por haber infringido lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 10.120 (normativa provincial), se revocó su libertad y se solicitó su detención; por ende, teniendo en cuenta la escala penal del delito que se le reprocha y los antecedentes condenatorios que registrara el encausado, no se observa que se encuentren cumplidos los requisitos típicos a que esa norma hace mención—no corresponder el dictado de la prisión preventiva para el delito que se le reprocha o que el enjuiciado haya cumplido privado de libertad más tiempo que el previsto como máximo en la escala penal—.

2. Tampoco se configura el retardo de justicia (art. 273, segundo párrafo, Cód. Pen.) si—amén de no existir elemento alguno que permita inferir que el magistrado maliciosamente actuó de ese modo— tampoco obra en el legajo que ninguna de las partes haya requerido su pronta actuación.

CNCCor., sala IV, 4-2-2000, "Fiscalía de Menores Nº 4", c. 12.661

II. Tipo subjetivo

Corresponde decretar la nulidad del resolutorio en crisis, sin que sea necesario ir más allá de esta sanción procesal, desde que no se advierte que el magistrado haya obrado con el dolo que exige la figura del artículo 270 del Código Penal, y si bien el resolutorio es ilegal, no sitúa la conducta del a quo dentro del campo delictual, pues en nuestro sistema penal los delitos culposos se constituyen en lo que se ha denominado "régimen cerrado" según el cual todos los delitos enunciadados por la ley, sin especificaciones, son dolosos; culposos sólo lo son aquellos que están expresamente designados como tales, y sabido es que la ley argentina utiliza fórmulas particulares para hacerlo

(referencias a la negligencia, imprudencia, impericia, etc.), lo cual en este caso (art. 270 del Cód. Pen.) no ocurre.

Cpen. de Río Gallegos, 1996, "V., L. E. s/Lesiones culposas", elDial - AY439

PREVARICATO DE LOS ABOGADOS Y OTROS MANDATARIOS JUDICIALES (Art. 271 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

1. Acción típica

Si bien los procesados tenían intereses societarios comunes en lo atinente al ejercicio de la abogacía y habrían representado separadamente partes contrarias en un juicio laboral, no pueden ser responsabilizados por el delito de prevaricato si no se ha acreditado que los intereses confiados sufrirían perjuicio o se intentara menoscabarlos. Es que el hecho descrito en la ley "consiste en perjudicar los intereses confiados mediante la doble representación simultánea o sucesiva de intereses contrarios" y no en la pura duplicidad de la representación, ya que ésta es una de las maneras de perjudicar, y por lo tanto, no se trata de un delito formal.

CNCCorr., sala II, 22-11-83, "C., R.", c. 27.698

El delito de prevaricato únicamente puede ser cometido en el mismo juicio, escapando de él las consultas o consejos.

CNCCorr., sala V, 27-8-93, "Z., A.", c. 31.661

No comete el delito de prevaricato (art. 271, Cód. Pen.) el abogado que omitió actualizar las liquidaciones de los créditos que debía percibir su cliente, si la no actualización se debió a una expresa decisión de éste para no demorar el trámite del expediente y por temor a una resolución contraria a sus intereses en otro pleito, además los escritos por los cuales se peticionó que se tengan por definitivas las liquidaciones practicadas fueron firmados por el propio interesado.

CNCCorr., sala VI, 10-6-99, "N., L.", c. 10.249, J. P. B. A.

112-19

Si la tarea encargada al abogado fue la de llevar adelante la sucesión de la madre de los querellantes, y ésta fue debidamente terminada, no existe elemento alguno que permita suponer que el incurso haya representado a partes contrarias en el juicio. Ello en tanto del convenio de servicios profesionales se desprende que los querellantes como herederos y el cesionario de los derechos hereditarios otorgaron poder especial judicial a favor del profesional para la realización del juicio sucesorio.

CNCCorr., sala VI, 4-3-2003, "P., C. A.", c. 20.209, eIDial - AI1958

El prevaricato del abogado consiste en perjudicar deliberadamente la causa confiada y, consecuentemente, no puede ser perjudicado su oponente. Con ello, si el imputado era abogado de la parte adversaria, debe decretarse su sobreseimiento.

CNCCorr., sala V, 13-3-2003, "M., L.", c. 20.689, eIDial - AI1957

Se citó: CNCCorr., sala VII, 18-5-90, "S., P.", L. L. 1991-D-137

El tipo penal de prevaricato requiere que se favorezca al contrario "en el mismo juicio". Toda vez que la conciliación previa es preprocesal y solamente la falta de ella dará motivo al juicio, la legitimación activa es impropia cuando lo imputado no constituye delito. En consecuencia, debe confirmarse el auto que declara inadmisibile la pretensión de ser tenido por parte querellante.

CNCCorr., sala V, 28-8-2003, "D., A. H.", c. 22.127, PJN Intranet

Si se atribuye al imputado, en su carácter de abogado, haber representado en un juicio laboral en forma simultánea a una sociedad anónima (asegurado) y a una compañía de seguros (aseguradora), pese a que dichas partes poseían intereses contrapuestos en el pleito, con el consiguiente perjuicio para la querellante, que resultó la única condenada por sentencia de segunda instancia al pago de la indemnización y toda vez que por no apelar la sentencia la empresa demandada perdió la oportunidad procesal de defender su interés, se encuentra configurado el perjuicio exigido por el tipo en base al

detrimento generado al interés que le fuera confiado al excluirle la posibilidad procesal.

No obstante la relación procesal entre asegurado y aseguradora, en principio, no es un supuesto de contrapartes, si en el caso existió un conflicto de intereses concreto y ello era conocido por el incurso, se encuentra configurado el requisito de "partes contrarias".

Por tanto, debe confirmarse el procesamiento decretado en orden al delito de prevaricato (art. 271, Cód. Pen.).

CNCCor., sala V, 3-11-2003, "C., P.", c. 22.210, PJN Intranet

II. Tipo subjetivo

No comete delito de prevaricato el abogado que redactó escritos para la parte contraria a la que el representaba en juicio de desalojo, señalando a ésta—a la sazón inquilino—un monto erróneo a consignar en ese juicio, ocasionando con ello el lanzamiento que el demandado quería impedir, si ello se debió a mera ligereza del letrado imputado y no a dolo de su parte.

CNCCor., sala VI, 30-11-80, "C., R.", c. 5525

III. Consumación

El prevaricato, aun tratándose de un delito de carácter instantáneo, puede integrarse en su realización por una pluralidad de actos del agente, por lo que el instituto de la prescripción comienza a correr a partir del último acto de la conducta.

CNCCor., sala VI, 23-3-93, "L., J. C.", c. 897, eIDial - A1846

IV. Querellante

1. El prevaricato del abogado o mandatario judicial consiste en perjuicar deliberadamente la causa que le fuese confiada. Resulta único damnificado directo quien le confió su representación o patrocinio, además de la administración de justicia.

2. No puede ser legitimado activamente quien no fue presentado ni patrocinado por el querellado al que se le imputa el delito de prevaricato.

CNCCor., sala VII, 18-5-90, "S., P.", c. 13.187, eIDial - A124C

DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA (Art. 273 del Cód. Pen.)

Importa una manifiesta denegación de justicia invocar el carácter no definitivo del fallo que confirmó el procesamiento del imputado para declarar inadmisión el recurso de queja interpuesto ante el superior tribunal provincial, si aquel fallo fue el resultado de un procesamiento dogmático.

CSJN, 15-7-97, "B., C. E."

1. No es aplicable al caso la figura contemplada en el artículo 270 del Código Penal si surge del proceso que por ante la justicia provincial tramitara contra el detenido, que le fue dictado su procesamiento en orden al delito de hurto reiterado de automotor en calidad de partícipe necesario—por resolución consentida por las partes— y por haber infringido lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 10.120 (normativa provincial), se revocó su libertad y se solicitó su detención; por ende, teniendo en cuenta la escala penal del delito que se le reprocha y los antecedentes condenatorios que registrara el encausado, no se observa que se encuentren cumplidos los requisitos típicos a que esa norma hace mención—no corresponder el dictado de la prisión preventiva para el delito que se le reprocha o que el enjuiciado haya cumplido privado de libertad más tiempo que el previsto como máximo en la escala penal—.

2. Tampoco se configura el retardo de justicia (art. 273, segundo párrafo, Cód. Pen.) si—amén de no existir elemento alguno que permita inferir que el magistrado maliciosamente actuó de ese modo— tampoco obra en el legajo que ninguna de las partes haya requerido su pronta actuación.

CNCor., sala IV, 4-2-2000, "Fiscalía de Menores Nº 4",
c. 12.661

Incurre en los delitos previstos por los artículos 277 y 274 del Código Penal, en concurso real, el procesado, suboficial de la Policía Federal, que convencido que el automotor había resultado objeto de un delito, lo ocultó, removiéndolo hacia un sitio distante del que se hallaba en las inmediaciones del lugar de su aparcamiento; omitiendo a su vez el deber funcional que le imponía su estado policial de haber adoptado

una conducta positiva enderezada a esclarecer el hecho e individualizar y aprehender a su autor.
El delito previsto en el artículo 274 del Código Penal quedó consumado con la inactividad del agente, que luego de haberse convencido de la condición del automotor, dirigió su actividad a ocultar el rodado como medio para servirse de él.

CNCCorr., sala VII, 12-7-90, "G., A. R.", c. 13.400

FALSO TESTIMONIO (Art. 275 del Cód. Pen.)

I. Bien jurídico

Dado que la finalidad del proceso penal es que el juzgador reconstruya intelectualmente hechos pasados, y a partir de allí condenar o absolver al señalado como autor de esos hechos si esa conducta se adecua a una norma penal, la valoración de las pruebas que le permitan llegar válidamente a la conclusión resulta, entonces, un paso esencial a los fines de la determinación de los hechos pasados. De que el juez valore correctamente la prueba de la que dispone depende en parte la buena administración de justicia. Por ello el bien jurídico tutelado por el delito de falso testimonio es el normal funcionamiento de la actividad judicial. Dado que el bien jurídico protegido por el delito de falso testimonio es la administración de justicia, no advierto la razón o causa por la que la falsa declaración sobre las generales de la ley no pueda encuadrar en esa figura, cuando tales mentiras puedan llevar al juez a valorar esa prueba de un modo distinto del que lo hubiese hecho en otras circunstancias. Ello no implica que quien miente acerca de las generales de la ley también lo hace respecto a las preguntas llamadas útiles o especiales, sino que aun sin mentir sobre los hechos, el testigo "interesado" puede darle distintos matices a su declaración—quizás hasta inconscientemente—y, eventualmente, distorsionar o cambiarle el sentido a hechos percibidos verdaderamente por sus sentidos. La prueba debe estar revestida de todas las garantías de veracidad para que el juez pueda utilizarlas correctamente, pero cuando se lo engaña o intenta engañar sobre la calidad que se tiene respecto de las partes, se altera o puede alterar el criterio valorativo propio del juez, vulnerándose de esa forma el bien jurídico tutelado, en tanto la correcta

administración de justicia se encuentra comprometida. Considero que el interrogatorio al testigo es uno solo, más allá de que en ese acto se formulen diversos tipos de preguntas, y de que el juez al valorarlo toma en cuenta todo el testimonio y no sólo una parte de él. El Código Penal reprime al testigo que afirmar una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, hecha ante la autoridad competente (art. 275, Cód. Pen.). No hace la ley un distinguo sobre qué clases de mentiras son punibles y cuáles no lo son, sino que simplemente castiga a quien depone falsamente ante la autoridad competente (voto de la Dra. Capolupo de Duráñona y Vedia—en mayoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 27-3-2002, "L., A. E. s/Recurso de casa-ción", c. 2925, eIDial - AA1206

No puede considerarse que se imputen dos hechos de falso testimonio, a saber: el "haber dicho que no le comprenden las generales de la ley" y el "haber declarado que el documento lo perdió a mediados de 1994, siendo ello inexacto", pues debe considerarse que en todo caso estamos en presencia de diferentes allocuciones vertidas en una misma declaración. Mal podríamos endilgar a una persona la comisión de tantos hechos como conceptos falaces haya expuesto en su deposición, pues en definitiva lo que se pretende evitar con la sanción de este tipo de conductas es la errónea construcción de los juicios históricos que puedan formarse los jueces por los datos incorrectos que se le proporcionen, consumándose el delito en cuestión cuando se clausura el acto respecto del agente. De todos modos, las falsas declaraciones sobre las generales de la ley, por sí solas no constituyen delito porque versan sobre hechos propios del declarante que no constituyen el objeto del pleito.

CFed.CCorr., sala I, 10-4-97, "S., N. L. s/Procesamiento", c. 28.497, reg. 219, eIDial - AJ62A

El tribunal ha sostenido que toda vez que el delito de falso testimonio, 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.

CFed.CCorr., sala I, 16-5-2000, "A., M. J. s/Denuncia—desestimación—", c. 16.513, reg. 17.552, eIDial - AJA54. Ver c. 16.235, "I., J.", 30-3-2000, reg. 17.389

La posibilidad de inducir a error al magistrado, respecto del objeto de la causa, constituye una exigencia del tipo penal, en tanto la administración de justicia es el bien jurídicamente tutelado. Así, y además de ello, no constituye delito de falso testimonio la omisión del declarante de consignar que con anterioridad había de-clarado por el mismo tema si no fue preguntado, expresamente, sobre ello.

CNFed.CCort., sala II, 28-11-2000, "S., J. C. s/Falso testimonio", c. 17.199, reg. 18.222, eIDial - AJB29

El delito de falso testimonio es otro de los delitos que, dentro de la administración pública, protegen el normal y correcto funcionamiento de la administración de justicia, y el acierto de las resoluciones emanadas de sus órganos, que en gran medida dependen del conocimiento que éstos tengan de la verdad de los hechos sometidos a su juzgamiento. Para ser testigo falso no es imprescindible que el sujeto declare sobre hechos ajenos al objeto de juicio, pero si incurre en falsedad para evitar autoincriminarse, su conducta estará justificada porque habrá ejercido un derecho (arts. 18 de la Const. Nac., y 34, inc. 4º del Cód. Pen.). En síntesis, se exige para la configuración del delito, no tanto la falta de correspondencia entre lo afirmado y la realidad objetiva, sino fundamentalmente entre lo dicho y lo conocido.

Capel. de Concepción del Uruguay, Sala Penal, 10-11-97, "O., M. A. y otro s/Homicidio y lesiones graves", sent. 64, sumario: 00008177-01, eIDial - BB14139

No es necesario que para que se configure el delito de falso testimonio, la falaz declaración del testigo deba tener una influencia decisiva en la litis, con posibilidad de desviar el criterio judicial sobre el hecho que se juzga. Ello así, por cuanto la ofensa en este delito consiste en la transgresión a la recta administración de justicia, aunque no se haga incurrir en error al juez, el delito—que es formal, instantáneo y en el que basta la potencialidad del daño—se ha consumado.

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala II, 5-8-91, c. 102 1964 1818, eIDial - ATE34

El tipo penal del artículo 275 del Código Penal—falso testimonio, testigo, perito, etcétera—protege el normal funcionamiento de la

administración de justicia. Intenta evitar que ésta sea desviada mediante engaño por el accionar malicioso de quienes previenen como auxiliares, aunque sean distintos de quienes la administran. Es en este contexto en el que debe delimitarse el concepto de delito mencionado en el Código Penal. Atento al objetivo protectivo mencionado, es posible comprender dentro de ese concepto al experto que posea especiales conocimientos técnicos y participe en autos para aclarar determinado aspecto (del voto de los Dres. Lutz y Echarrren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "F., R. L. s/Falso testimonio agrado s/Casación", SE 115/99, eIDial - AX1B10

Siendo la administración de justicia el bien jurídico protegido por el delito de falso testimonio, el juzgamiento corresponde a la jurisdicción donde tramita la causa en la que se ofreció la testimonial que importa la comisión de tal ilícito, aun cuando la declaración haya sido recibida en otra provincia o en territorio federal.

C3ºCCorr. de La Plata, 6-3-89, "C., G. s/Falso testimonio", P 73150, RSD-6-89 S

II. Tipo objetivo

1. Acción típica

1. La identificación e interrogatorio efectuados por la autoridad policial a quien les resultó sospechoso, por portar un aparato musical de ostensible dimensión al salir de un negocio ubicado en una zona donde es pública y notoria la comercialización de este tipo de aparatos de procedencia ilícita, no viola ninguna garantía constitucional, puesto que es su deber la prevención y represión del delito.

2. El testimonio del policía actuante en la prevención de un delito sobre la autoinculpación que admite el imputado no es más que una prueba testimonial y no puede parificarse a una confesión extrajudicial, ni a prueba ilegal, puesto que transmitir al juez lo que cae bajo la percepción de sus sentidos es para el policía un deber cuya omisión lo transformaría en un encubridor del delito, o lo haría incurrir en falso testimonio por callar la verdad de lo acontecido en todo o en parte.

CNCCorr. sala I, 20-11-91, "P., M. A.", c. 39.411, eIDial - A15DD

Toda vez que las diferencias en los dichos del testigo se relacionaron con objetos que a la fecha del testimonio impugnado ya no integraban la materia del proceso a decidir, aun cuando el error hubiera sido relevante, ya no existía siquiera posibilidad de perjuicio, ni podía aquel influir en el magistrado que entendía en el pleito, por lo que se impone la absolución del imputado.

CNCor, sala VI, 26-8-92, "D. B., R. O.", c. 23.432, eIDial - A1723

La imputación de falso testimonio, que realiza el encartado en los albores de la investigación y que constituye la base del reproche que se le dirige, no puede dar lugar sin más al inicio de otra causa; pues tal como se sostuvo en los antecedentes, la valoración relativa a la veracidad o falsedad de los dichos de aquel corresponde al juez de la causa, quien sólo al momento de resolver la situación del afectado estará en condiciones de poder determinar si procede o no investigar al-
gun hecho ilícito cometido en el curso del sumario por parte de terceros.

CNCor, Sec. Esp., 6-2-97, "N. N. s/falso testimonio", c. 9.346, eIDial - A1EA1

Se citó: CNCor, Sec. Esp., 13-10-96, "S. L. s/falso testimonio", c. 9185 y 18-11-96, "V. L., C. s/Amenazas", c. 9244

Para que se pueda cometer falso testimonio, los actos sobre los que versen han de ser formal y sustancialmente idóneos para introducir un error relevante en la estimación que el juez debe realizar.

CNCor, sala VII, 27-8-99, "M., H. J.", c. 10.585

Para que se configure el delito de falso testimonio la mendacidad debe recaer sobre determinados acontecimientos y éstos deben influir en la persona que debe decidir una cuestión bajo su análisis, quedando fuera de este alcance aquellas expresiones que no logren tal fin.

CNCor, sala VI, 16-11-2000, "D. M. de G., P.", c. 14.964, eIDial - A111A5

El delito de falso testimonio requiere de la existencia de oposición entre lo afirmado y lo que el deponente conoce como verdad, y no

una divergencia entre lo aseverado y lo objetivamente verdadero, es decir, requiere una discrepancia entre lo afirmado y lo sabido. Por otra parte, el falso testimonio debe incidir sobre algo sustancial, que pueda desviar o turbar el curso de la actividad judicial, y no sobre circunstancias secundarias que no alteran el contenido objetivo de la deposición. Se sostiene que si el testimonio falso no influye de manera alguna en la decisión del proceso, falta el elemento del perjuicio.

CNCCor., sala V, 31-10-2000, "C., C. y otros", c. 14.817, eIDial - A111A4

El hecho de mentir sobre las generales de la ley no constituye delito de falso testimonio, porque esas preguntas tienen por fin individualizar a la persona y no constituyen parte de su declaración. La tipicidad no reside en que el testigo diga algo en "contra de la verdad formal u oficial" a la que pueda haber llegado el tribunal, sino que diga algo que difiera con lo que vio o escuchó. Por cuanto el delito de falso testimonio es un delito doloso, exige la acreditación del dolo requerido.

CNCCor., sala I, 14-3-2002, "B., M.", c. 17.584, eIDial - A11480
Se citó: CNCCor., sala I, 12-4-94, "M. Q., M.", c. 8670; 28-4-98, "I., M.", entre otras

El delito de falso testimonio [...] consiste en la relación de los hechos que han caído bajo los sentidos del sujeto, de manera que el relato versa, en realidad, sobre las percepciones que el testigo ha tenido. El relato no se torna falso, por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos. La falsedad consiste en la discrepancia entre los hechos referidos y los hechos sabidos.

CNCCor., sala I, 3-9-2002, "T., B. P. y otros", c. 17.259 bis, eIDial - A115F0

En el delito de falso testimonio constituye una exigencia típica la posibilidad de inducir a error al magistrado respecto del objeto de la causa.

CNCCor., sala VI, 20-3-2003, "V., C. A.", c. 20.696, eIDial - A118FA

La falsedad inherente al falso testimonio no consiste en la contradicción dada a la verdad objetiva, sino al propio saber de la persona que depone. Si el imputado, al prestar declaración testimonial en sede laboral, explicó con claridad que lo que contaba lo sabía por los comentarios que recibiera, debe confirmarse el sobreesquímiento dispuesto por el magistrado de grado.

CNCCorr., sala IV, 23-6-2003, "M., D.", c. 21.322, PJN Intranet

El delito de falso testimonio exige para su configuración que lo falsamente declarado incida sobre algo sustancial, que pueda desviar el curso de la actividad judicial o afecte la administración de justicia, no sobre circunstancias secundarias que no alteran el contenido objetivo de la deposición.

Si la contradicción radica en que la imputada al declarar ante una fiscalía manifestó que no le habían encomendado tarea alguna en una asociación pero de las actas de asamblea surge que se le asignó el cargo de fiscalizador suplente, tal aspecto no causó ni pudo causar perjuicio alguno, toda vez que su deposición se refería al conocimiento que podía poseer sobre el hurto ocurrido en una empresa en la cual ella se encontraba como secretaria suplente.

En consecuencia, al no advertirse desvío posible en la pesquisa y, por ende, actividad delictiva, debe revocarse el auto que dispuso su procesamiento.

CNCCorr., sala V, 5-9-2003, "F., N. B.", c. 22.065, PJN Intranet

El delito de falso testimonio requiere para su configuración de la existencia de una oposición entre lo afirmado y lo que el deponente conoce como verdad, y no una divergencia entre lo aseverado y lo objetivamente verdadero; exige una discrepancia entre lo afirmado y lo sabido.

Debe incidir sobre algo sustancial que pueda desviar o turbar el curso de la actividad judicial y no sobre circunstancias secundarias que no alteran el objetivo de la deposición.

Si el testimonio falso no influye de manera alguna en la decisión del proceso, falta el elemento del perjuicio.

Si el magistrado laboral no valoró el testimonio brindado por la imputada, quien en su descargo refirió que se "confundió de fecha",

corresponde confirmar el sobreesimiento dispuesto en primera instancia.

CNCCor., sala IV, 29-9-2003, "S., M.", c. 21.535, PJN Intranet

Ha sido en virtud de las declaraciones contestes brindadas por los propios testigos del procedimiento, y no en razón de los dichos de los preventores, que la distorsión de los hechos acaecidos ha quedado evidenciada. "El relato no se torna falso, no se lo puede calificar como falso por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos. La falsedad no consiste, pues, en la discrepancia entre el relato y los hechos reales sino en la discrepancia entre los hechos referidos y los hechos sabidos".

CFed.CCor., sala I, 25-4-96, "G., R. s/Den.", c. 26.931, reg. 350, eIDial - A137B

No puede considerarse que se imputen dos hechos de falso testimonio, a saber: el "haber dicho que no le comprenden las generales de la ley" y el "haber declarado que el documento lo perdió a mediados de 1994, siendo ello inexacto", pues debe considerarse que en todo caso estamos en presencia de diferentes alocuciones vertidas en una misma declaración. Mal podríamos endilgar a una persona la comisión de tantos hechos como conceptos falaces haya expuesto en su deposición, pues en definitiva lo que se pretende evitar con la sanción de este tipo de conductas es la errónea construcción de los juicios históricos que puedan formarse los jueces por los datos incorrectos que se le proporcionen, consumándose el delito en cuestión cuando se clausura el acto respecto del agente. De todos modos, las falsas declaraciones sobre las generales de la ley, por sí solas no constituyen delito porque versan sobre hechos propios del declarante que no constituyen el objeto del pleito.

CFed.CCor., sala I, 10-4-97, "S., N. L. s/Procesamiento", c. 28.497, reg. 219, eIDial - A162A

Lo falso tiene que darse por la discrepancia entre lo que se informa o se calla y lo que se sabe es irreal o inexacto.

CFed.CCor., sala I, 24-2-99, "L., R. J. y otros s/Sobreesimiento", c. 29.231, reg. 20, eIDial - A191C

La posibilidad de inducir a error al magistrado, respecto del objeto de la causa, constituye una exigencia del tipo penal, en tanto la administración de justicia es el bien jurídicamente tutelado. Así, y además de ello, no constituye delito de falso testimonio la omisión del declarante a consignar que con anterioridad había declarado por el mismo tema si no fue preguntado, expresamente, sobre ello.

CFed.CC, sala II, 28-11-2000, "S., J. C. s/Falso testimonio", c. 17.199, reg. 18.222, eIDial - AJB29

El delito de falso testimonio no se configura por la divergencia sobre los detalles del tema o hecho intimado sino sobre su sustancia.

CFed.CC, sala II, 28-11-2000, "S., J. C. s/Falso testimonio", c. 17.199, reg. 18.222, eIDial - AJB2A

Para el supuesto previsto por el artículo 275 del Código Penal, lleva dicho el tribunal que un relato no se torna falso por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos que tuviese efectivamente el testigo.

CFed.CC, sala II, 19-12-2000, "L., G. D. s/Procesamiento", c. 16.979, reg. 18.292, eIDial - AJB3F

Se citó: CFed.CC, sala II, 28-11-2000, "S., J. C.", reg. 18.222

El tribunal entiende que "...el correcto funcionamiento de la justicia depende del acierto de las decisiones de los magistrados sobre la verdad histórica de los hechos investigados..." Ello así, por cuanto más allá de las explicaciones vertidas por el imputado, debe señalarse puntualmente que lo sustancial para la configuración del delito de falso testimonio —en su aspecto objetivo— es la falta de correspondencia entre lo dicho y lo conocido, así como también que la falsedad tenga relevancia por estar vinculada al objeto esencial del proceso.

En tal sentido, los elementos de cargo mencionados permiten conocer la magnitud de la relación de lo declarado en la instrucción y lo expresado en el debate, extremo que resulta determinante para poder valorar lo que el encartado sabía y en qué aspecto se pudo haber pronunciado con falsedad, a efectos de establecer la trascendencia de la declaración falaz en una justa resolución del asunto en juicio, de

modo que pueda resultar afectado el bien jurídico tutelado por la norma en cuestión.

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 4, 6-12-2001, "R., F. s/Falso testimonio", c. 2089 (1746/01), reg. 1999, eIDial - WS28B

Del curso de la causa no se advierte que el imputado a través de su manifestación haya incurrido en la figura descripta en el artículo 275 del Código Penal, y lo que es determinante nada indica que el mismo haya tenido intención de ocultar lo que sabe, retacear la información requerida, sino que aparece confuso el hecho en sí mismo e incluso en la forma en que le fuera requerido el testimonio. La falta de entidad del hecho por el cual se promueve el presente proceso, donde no se vislumbra cuál es el supuesto conflicto que implica, cuál es el bien jurídico vulnerado con la conducta supuestamente disvaliosa, es decir aun para la hipótesis de mediar ella, carecería de entidad sería y que justifique poner en movimiento la actividad jurisdiccional, hace necesario recordar que la disfuncionalidad y carencias materiales y de infraestructura humana del sistema judicial tornan imperativo que los operadores judiciales agudicen el sentido común para destinar el mayor de los empeños en el tratamiento de aquellos casos de grave afectación social, para lo cual el principio de legalidad (regla del proceso penal) cede paso al principio de oportunidad, todo dentro de un marco preciso, racional y prudente.

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala I, "N. N. s/Falso testimonio", c. 101 2098, 4-96, sumario: 1000389, eIDial - ATDCC

En orden al encuadramiento legal de la conducta desplegada por el encartado, debo expresar que queda subsumida en la figura del falso testimonio que tipifica el artículo 275 del Código Penal. Ello así toda vez que la conducta que se ha tenido por acreditada consistió en negar y callar la verdad respecto a la existencia de dos entrevistas en las que participó con personal policial y en una de ellas además, con un funcionario judicial. Además negó y ocultó el contenido de esas entrevistas en claro perjuicio de la administración de justicia, todo en oportunidad de declarar como testigo en la causa instruida, previo haber jurado decir la verdad, y todo en presencia del juez instructor actuante.

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala II, 4-6-95, c. 102 2408 2408, eIDial - ATE3D

La acción, en el caso del artículo 275 del Código Penal—falso testimonio—, es la de afirmar una falsedad o negar o callar la verdad en todo o en parte, siendo que callar la verdad es dejar de afirmar lo que se sabe, como ocurre en autos (cfr. Creus, en *Delitos contra la administración pública*, ps. 474/475) (del voto de los Dres. Lutz y Echarren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación", SE 115/99, eIDial - AX1B17

La ausencia de constancia expresa en el acta de declaración testimonial de que se haya informado al deponente "de las penalidades del falso testimonio" como lo dispone el artículo 438 del Código Procesal Civil y Comercial no desplaza ningún elemento del tipo del artículo 275 del Código Penal.

SCBA, 14-11-95, "A., F. s/Falso testimonio", P 47680, J. A. 1996-II-267, eIDial - WAB92

a) Las generales de la ley

Dado que la finalidad del proceso penal es que el juzgador reconstruya intelectualmente hechos pasados, y a partir de allí condenar o absolver al señalado como autor de esos hechos si esa conducta se adecua a una norma penal, la valoración de las pruebas que le permitan llegar válidamente a la conclusión resulta, entonces, un paso esencial a los fines de la determinación de los hechos pasados. De que el juez valore correctamente la prueba de la que dispone depende en parte la buena administración de justicia. Por ello el bien jurídico tutelado por el delito de falso testimonio es el normal funcionamiento de la actividad judicial.

Dado que el bien jurídico protegido por el delito de falso testimonio es la administración de justicia, no advierto la razón o causa por la que la falsa declaración sobre las generales de la ley no pueda encuadrar en esa figura, cuando tales mentiras puedan llevar al juez a valorar esa prueba de un modo distinto del que lo hubiese hecho en otras circunstancias. Ello no implica que quien miente acerca de las generales de la ley también lo hace respecto a las preguntas llamadas útiles o especiales, sino que aun sin mentir sobre los hechos, el testigo "interesado" puede darle distintos matices a su declaración—quizás hasta inconscientemente—y, eventualmente, distorsionar o cambiarle el sentido a hechos

percibidos verdaderamente por sus sentidos. La prueba debe estar revestida de todas las garantías de veracidad para que el juez pueda utilizarlas correctamente, pero cuando se lo engaña o intenta engañar sobre la calidad que se tiene respecto de las partes, se altera o puede alterar el criterio valorativo propio del juez, vulnerándose de esa forma el bien jurídico tutelado, en tanto la correcta administración de justicia se encuentra comprometida. Considero que el interrogatorio al testigo es uno solo, más allá de que en ese acto se formulen diversos tipos de preguntas, y de que el juez al valorarlo toma en cuenta todo el testimonio y no sólo una parte de él. El Código Penal reprime al testigo que afirmare una falsedad o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, hecha ante la autoridad competente (art. 275 del Cód. Pen.). No hace la ley un distinguo sobre qué clases de mentiras son punibles y cuáles no lo son, sino que simplemente castiga a quien depone falsamente ante la autoridad competente (voto de la Dra. Capolupo de Duráñona y Vedia—en mayoría—).

CNCas.Pen., sala IV, 27-3-2002, "L., A. E. s/Recurso de casa-ción", c. 2925, eIDial - AA1206

1. La mendacidad en que pueden incurrir los testigos al ser interrogados sobre las generales de la ley es insusceptible de generar el delito de falso testimonio, toda vez que dicho interrogatorio tiene un sentido eminentemente subjetivo consistente en la individualización del declarante en lo que respecta a su persona y a su vinculación en interés con las partes y con el resultado del proceso.

2. "El testigo es sujeto de prueba, la declaración el contenido. La falsa declaración de las generales de la ley es falsedad que se refiere al sujeto y no al contenido".

3. "...Mientras no se formule una incriminación específica para la declaración de falsas generalidades el hecho no podrá ser subordinado a la de falso testimonio sin vulnerar los principios que prohíben la analogía" (art. 18 de la Const. Nac.).

4. En un sistema inspirado en la sana crítica quien incurre en esta mendacidad puede ser tachado y no tenerse en cuenta su testimonio como elemento de convicción, pero no puede ser penado. La tacha del testigo, en caso de inhabilidad podrá ser alegada por el interesado y en el respectivo incidente se evidenciará el grado de veracidad o mendacidad de la tacha opuesta, que el juez valorará en toda su

extensión en la sentencia. Por otra parte, siendo el falso testimonio un delito formal, la falta de lesión y de perjuicio aventa su configuración.

CNCCor., sala II, 19-12-90, "A. de A., N.", c. 38.238, eIDial - A13A2

Se citó: CNCCor., sala V, 12-5-85, "C., J.", c. 13.837; sala II, 13-11-84, "B., C.", c. 29.039; id., 25-8-87, "S., J.", c. 32.852; id., 4-4-38, "O., L.", L. L. I. 10, N° 4501 (voto del Dr. Ure)

1. La declaración testimonial como acto procesal goza de plena fe hasta tanto sea redarguido de falsedad en el mismo fuero donde fue realizado, por lo tanto es inadmisibile el planteo de que la declaración prestada es nula de nulidad absoluta por haberse prestado sin la presencia del juez y secretario firmantes.

2. La omisión de hacer saber las consecuencias penales que podría apartear el acto para el testigo (art. 440 del CPC), de ninguna manera descarta la comisión del delito de falso testimonio, porque el error de Derecho no exime y la ley se presume conocida por todos, por lo que su ignorancia no excusa "si la excepción no está expresamente contemplada" (art. 20 del Cód. Civ.).

3. La mendacidad o retaceo de información al declarar sobre las "generales de la ley", omitiendo mencionar el estrecho vínculo que unía al testigo con una de las partes de la causa, configura el delito de falso testimonio -artículo 175 del Código Penal-, ya que evidencia su intención de aparecer ante el juez con una pretendida calidad de testigo que no era tal. En nada obsta al perfeccionamiento del delito de falso testimonio que la declaración cuestionada de mendaz no haya sido determinante para que el juez civil funde su resolución, e incluso que sea coincidente con la de otro testigo no cuestionado, ya que lo relevante es que el testimonio, de alguna manera contribuyó positivamente a la formación del juicio del juez y por ello es reprochable.

CNCCor., sala III, 10-12-91, "O. V., R.", c. 30.025, eIDial - A15BD

La mendacidad sobre las generales de la ley no puede constituir falso testimonio dado su alcance subjetivo de individualización de la persona del deponente y cuya inhabilidad puede ser puesta en tela de juicio a través de los medios de la ley procesal (arts. 486 y ss. del CPM).

CNCCor., sala I, 27-11-91, "M., D. D.", c. 39.555, eIDial - A15BE; id., 27-4-93, "C., B., A.", c. 42.219, eIDial - A17E7

Los dichos supuestamente falsos vertidos por los enjuiciados sobre las generales de la ley no configuran el delito de falso testimonio, porque esas preguntas sólo tienen como fin individualizar a la persona y no constituyen parte de su deposición sobre los hechos que han caído bajo la acción de sus sentidos.

CNCCor., sala I, 16-6-98, "S., J. G.", c. 9197

Se citó: CNCCor., sala I, 12-4-94, "M. Q., M.", c. 43.187 y 28-4-98, "I., M.", c. 8670

El hecho de mentir sobre las generales de la ley no constituye delito de falso testimonio, porque esas preguntas tienen por fin individualizar a la persona y no constituyen parte de su declaración. La tipicidad no reside en que el testigo diga algo en "contra de la verdad formal u oficial" a la que pueda haber llegado el tribunal, sino que diga algo que difiera con lo que vio o escuchó. Por cuanto el delito de falso testimonio es un delito doloso, exige la acreditación del dolo requerido (del voto en disidencia del Dr. Donna).

CNCCor., sala I, 14-3-2002, "B., M.", c. 17.584, eIdial - A11480

Se citó: CNCCor., sala I, 12-4-94, "M. Q., M.", c. 47.187; 28-4-98, "I., M.", c. 8.670, entre otras

Debe decirse que las falsedades u omisiones de decir verdad referidas a las manifestaciones realizadas por las generales de la ley no pueden constituir falso testimonio, toda vez que esas preguntas tienen por fin individualizar a la persona y no constituyen parte de su deposición sobre los hechos. Si el damnificado reconoció que conocía a los testigos imputados, que trabajaban juntos y que les había pedido que salieran de testigos en la causa por lesiones de la cual era damnificado, indicándoles que debían decir, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de instigación a cometer el delito de falso testimonio agravado por cometerse en causa criminal en perjuicio del inculpaado (arts. 45, 209 y 275, párr. 2º del Cód. Pen.).

CNCCor., sala I, 18-2-2003, "P., M. A. y otros", c. 18.806, eIdial - A118F8

No puede considerarse que se imputen dos hechos de falso testimonio, a saber: el "haber dicho que no le comprenden las generales de la ley"

y el "haber declarado que el documento lo perdí a mediados de 1994, siendo ello inexacto", pues debe considerarse que en todo caso estamos en presencia de diferentes alocuciones vertidas en una misma declaración. Mal podríamos endilgar a una persona la comisión de tantos hechos como conceptos falaces haya expuesto en su deposición, pues en definitiva lo que se pretende evitar con la sanción de este tipo de conductas es la errónea construcción de los juicios históricos que puedan formarse los jueces por los datos incorrectos que se le proporcionen, consumándose el delito en cuestión cuando se clausura el acto respecto del agente. De todos modos, las falsas declaraciones sobre las generales de la ley, por sí solas no constituyen delito porque versan sobre hechos propios del declarante que no constituyen el objeto del pleito.

CFed.CCorr. sala I, 10-4-97, "S., N. L. s/Procesamiento", c. 28.497, reg. 219, eIDial - AJ62A

El delito de falso testimonio no requiere propósito específico de perjudicar, no es necesario que produzca un daño efectivo sino meramente potencial; en consecuencia, basta con falsar las generales de la ley y que exista la posibilidad de poder inducir a error al juez en su decisión, por lo que aunque efectivamente no se engañe a éste, se comete el delito de falso testimonio, el que es formal e instantáneo.

SCJ de Mendoza, sala II, 31-7-92, "Fiscal c/F., J. H. y C., F. C. s/Falso testimonio. Inconstitucionalidad. Casación", fallo: 92199204, expte. 48.2293, ubicación: S229-001, eIDial - MZ2AA4

Para poder reprochar a los encausados la comisión del tipo del artículo 275, primera parte del Código Penal, ha de quedar en claro cuáles son en realidad las afirmaciones falsas en que ambos incurrieron en los testimonios laborales, o cual fue la verdad que callaron, en todo o en parte. El asunto gira en derredor de las manifestaciones que hicieron en relación a si los comprendían o no las generales de la ley para con el accionante laboral. Ello así, conforme con las constancias de la causa y lo expresado por los justiciables, la respuesta ha de orientarse en sentido negativo y consiguientemente, aseverarse que ningún delito cometieron y, por lo demás, no puede dejar de señalarse que en la interpretación de las expresiones de los justiciables, tanto en sede laboral como penal, no han de obviarse por sí sus especiales calidades

personales. Como que se trata de personas totalmente analfabetas que viven con esa ignorancia en un medio rural y cuyas costumbres, relaciones sociales y familiares difieren ciertamente de las de las comunidades urbanas; bien pueden ser diferentes sus criterios de amistad y acercamiento.

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala I, 3-11-96, "N. N. s/Falso testimonio", c. 101 3768, sumario: 1000427, eIDial - ATDF2

b) *Declaración sobre hechos propios*

Es requisito para mantener la calidad de testigo la ajenidad que con el juicio debe guardar el deponente. No corresponde considerar testigo el mismo es actor y que pueden traerle aparjado algún perjuicio, razón por la cual las falsedades en que hubiera materialmente incurrido en tales circunstancias no configuran el delito de falso testimonio.

CNCas.Pen., sala IV, 1-11-95, "G., J. E. s/Recurso de casación", eIDial - AD8A0

Quien miente para ocultar su delito en una declaración testimonial a la que ha sido convocado no comete falso testimonio porque se lo hubiere obligado a declarar, en lo que precisamente tiene derecho a callarse.

CNCCorr., sala III, 24-4-90, "C., A. P.", c. 26.708, eIDial - A1211

Se citó: CNCCorr., sala III, 26-4-87, c. 21.839, BCNCYC Nº 2/87, p. 610

Carecen de virtualidad incriminatoria, a los fines del delito de falso testimonio, las contradicciones en que incurrió el acusado, que, en su carácter de oficial, participó en un allanamiento, aseverando la incautación de diversos elementos, cuya nómina varió en un sumario posterior que se le iniciara por el delito de hurto, dado que las declaraciones en pugna con las constancias del acta de secuestro se han vertido en causa propia, sin reunir la calidad de testigo, y siendo así la conducta en cuestión resulta atípica a los fines del artículo 275 del Código Penal.

CNCCorr., sala VII, 18-8-93, "S., J.", c. 778, eIDial - A1832

No constituyó el delito de falso testimonio la conducta del imputado que realizó una declaración testimonial en sede laboral y luego inició una demanda contrapuesta en su contenido con lo declarado, siendo que el citado escrito promotor fue confeccionado por medio de un apoderado, pues no sólo tal instrumento no es idóneo como prueba de cargo en su contra, sino que tampoco cabe considerar al actor como testigo, ya que fue, en cambio, parte en los hechos que demandó.

CNCCor, sala I, 26-5-95, "M., S. E.", c. 44.223, eIDial - AIA6F

No puede equipararse la situación del testigo que depone con falsedad para encubrir el hecho propio, con la de quien con la misma finalidad efectúa una denuncia falaz. Ello es así, puesto que en el primer caso la persona se encuentra conminada a declarar, artículos 240, 247 y 248, CFP, al tiempo que concurre a su respecto el derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo. En cambio, en la otra hipótesis, el sujeto actúa libremente, es decir, sin obligación alguna, evidenciando de este modo su voluntad de engaño a la autoridad, tratando de falsificar una posible coartada para su eventual delito, agrediendo en consecuencia el bien jurídico protegido por el artículo 245 del Código Penal que es el normal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional.

CNCCor, sala IV, 4-11-97, "A., R.", c. 7699, eIDial - AID18
Se citó: CNCCor, sala III, 24-4-90, "C., A. P.", c. 26.708,
BCNCyC Nº 2/90, p. 99, id., 26-5-87, "A., C.", c. 21.839,
BCNCyC Nº 2/87, p. 610

La no punibilidad del falso testimonio en causa propia está vinculada con la garantía constitucional que impide que se obligue a una persona a declarar respecto de hechos o circunstancias que pudieran incriminarla penalmente, pero no a los dichos que tuviesen como consecuencia producir beneficios o perjuicios de naturaleza civil, los que están excluidos de tal garantía.

CNCCor, sala IV, 25-6-98, "G., R.", c. 9064
Se citó: CSJN, Fallos: 1:350; 281:1173 y G.626.XXII,
Rec. de hecho, 14-12-89, "G., G. S.", Fallos: 312:2438

Es factible que el testigo haya considerado que existía la posibilidad de autoincriminarse en algún hecho delictivo a título de autor o partícipe. En tal sentido, no obstante la forma en que prestó las

declaraciones sospechadas, actuó amparado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, no constituyendo por tanto delito su proceder. Se ha señalado sobre el particular que "si nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, nadie puede tampoco ser procesado por falso testimonio según el Código Penal cuando lo que declaró comprometía su propia y personal culpabilidad penal en la relación con un delito que daba lugar al proceso en que era testigo".

CFed.CCcorr, sala I, 22-9-95, "S. R., J. C. s/Consulta", c. 26-07-1969, reg. 720, eIDial - AJBB

No puede imputarse el delito de falso testimonio cuando el compromiso genera el juramento de decir verdad hubiera obligado al declarante a dar cuenta de un posible acto irregular por el mismo generado, lo que hubiese importado una transgresión a la garantía constitucional contenida en el artículo 18 de la Carta Magna.

CFed.CCcorr, sala I, 7-12-95, "C., A. y otro s/Sobresesimiento", c. 27.180, reg. 1091, eIDial - AJ202

Respecto al delito de falso testimonio, el mismo no guarda una sub-sunción típica adecuada por resultar excusables las conductas de los procesados al tratarse de declaraciones testimoniales vertidas en causa propia.

CFed.CCcorr, sala II, 12-7-96, "C., O. A. y S., A. E. s/Auto de proc.", c. 12.386, reg. 13.323, eIDial - AJ4D2
Ver CFed.CCcorr, sala II, 4-4-94, "L., R. s/Falso testimonio", c. 9715, reg. 10.783

Si bien objetiva y subjetivamente se dan los elementos que tipifican el delito de falso testimonio, no podemos descartar que el imputado haya podido representarse que con sus declaraciones podía llegar a sufrir un perjuicio, viéndose involucrado en la comisión de un delito, por lo que su actuar está justificado en la necesidad que habría tenido de evitar males para su persona, no haciendo otra cosa que ejercer derecho de defensa con la alegada mendacidad, siendo de plena aplicación a la especie el principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

CFed.CCcorr, sala I, 10-4-97, "S., N. L. s/Procesamiento", c. 28.497, reg. 219, eIDial - AJ62B

Esta sala ha sostenido en anteriores pronunciamientos la atipicidad de conductas como las investigadas en autos, si con la presunta falsedad el causante ha tendido a evitar males para su persona y no ha hecho otra cosa que ejercer un derecho de defensa con ella.

Sobre esta cuestión destaca Soler que es preciso descartar del falso testimonio toda declaración inexacta dada por el testigo con referencia a hechos en los cuales el mismo es actor, y de cuya manifestación puede resultarle un perjuicio, aunque no consista éste en la autoincriminación de un delito.

Cfed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, 4-2-2000, "O., W. A. s/Inf. art. 275, Cód. Pen.", c. 1929/99, reg. 4837, elDial - WSFB

Al respecto, cabe señalar que a pesar de hallarse el relato de la encartada contrapuesto con otras declaraciones testimoniales que se escucharon en los autos mencionados, no puede ser inculpada por el delito de falso testimonio, ya que el cuestionario versó sobre hechos que habría protagonizado personalmente, por lo que aparece declarando en causa propia y como consecuencia de ello sus manifestaciones podrían haberle causado—eventualmente—algun perjuicio o al menos ella haberlo así considerado. Nótese que su testimonio se vinculaba con su participación en un hecho cuestionable.

De ello se deduce la falta de adecuación típica del comportamiento reprochado en este legajo puesto que la doctrina excluye de la norma el caso de quien eventualmente puede resultar perjudicado por sus dichos.

En tal sentido se ha dicho que corresponde excluir de falso testimonio al que declara en causa propia, afirmando que según algunos bastaría lo que podríamos denominar "encuadre formal" en causa propia para colocarlos fuera del tipo, de tal manera nunca podrán ser considerados testigos en el sentido del artículo 275 del Código Penal el denunciante, el damnificado, o cualquier parte interesada en el litigio. Otros, para que opere la exclusión de la calidad de testigo, exigen que además de la vigencia de la causa propia en el amplio sentido antes expuesto, las manifestaciones puedan acarrear al sujeto un perjuicio de cualquier naturaleza. Es preciso descartar del falso testimonio toda declaración inexacta dada por el testigo con referencia a hechos en los cuales el mismo es actor, y de cuya manifestación puede resultarle un perjuicio, aunque no consista éste en la autoinculpación de un

delito. Como requisito del falso testimonio, que la declaración sea prestada en causa ajena y que como consecuencia de ello, no estarían comprendidas dentro de la figura en trato las declaraciones de las que pudiera resultar responsabilidad para el deponente o que él crea que puede resultar.

Ya Carrara en su programa afirmaba estos principios con contundencia, ya que se manifestaba convencido de que en asuntos penales debía respetarse el principio que prohíbe interrogar a una de las partes acerca de artículos que puedan inducir a confesar su propio delito, y si a pesar de esa regla hubiere sido admitido el juramento, el juez criminal debería tener en cuenta cómo dirime esa circunstancia, y considerarla excluyente del dolo (t. 7, § 2670).

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 3, 23-5-2000, "C., G. E. s/Inf. art. 275, Cód. Pen.", c. 612/00, reg. 1701, eIdial - WS121.

En igual sentido esta misma sala se ha pronunciado en la causa 1598/94, el 7-1-95, reg. 3575 de la Secr. Penal Nº 1; CSJN, Fallos: 238:416; 240:416; 253:493; 259:287; 300:1173 y 312:2147, 2438; CNCas.Pen., sala III, 23-6-98, "G., M. L. s/Recurso de casación", c. 1394

La denominada declaración sobre "hechos propios" no excluye por sí misma el carácter de testigo ni por ende el tipo del artículo 275 del Código Penal.

SCJBA, 11-10-95, "P., A. s/Falso testimonio", P 47386, D. J. B. A. 149-271; eIdial - WA98C

No se tipifica el delito de falso testimonio—para cuya configuración es imprescindible que quien declara tenga obligación de expresar la verdad—si quien declara como testigo falsea los hechos, con la finalidad de eludir su posible responsabilidad penal, amparado por el principio constitucional contemplado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

STJ de Chubut, 10-10-75, "C., A. A.", Rep. L. L. XXX-809; eIdial - ASBE3

Media transgresión de los artículos 18 de la Constitución Nacional y 275 del Código Penal si de la declaración testimonial tomada bajo

juramento de ley—cuyo contenido se refiere a hechos propios—se derivó el procesamiento del declarante por el delito de desnaturalización del cheque y falso testimonio, pues la garantía constitucional de que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” se refiere a no hacerlo en su perjuicio en causa propia. En el caso existió perjuicio concreto: la imputación de un hecho delictivo a partir de la mentada declaración, de allí que mal podría entenderse entonces que la supuesta falsedad en que hubiera incurrido el procesado respecto de la autoría del cheque constituya el delito de falso testimonio del artículo 275 del Código Penal, sin violentar la alegada garantía constitucional.

CCor. de Lomas de Zamora, 18-6-96, “P., O., A. s/Falso testimonio (art. 275, Cód. Pen.)”; SCJBA, P 44644, D. J. B. A. 151-155; eIDial - WB722

1. Teniendo presente que la garantía constitucional que prohíbe obligar a declarar contra sí mismo tiene como finalidad impedir el empleo de cualquier medio coactivo ya sea físico o moral para obtener una confesión involuntaria, es fácil deducir que no hace falta tener la calidad de imputado en un proceso penal para gozar de esa garantía constitucional. Es preciso señalar entonces que cualquier ciudadano puede abstenerse de declarar siempre que sus dichos pudieran involucrarlo penalmente, sea como autor o partícipe del ilícito penal, cualquiera sea el fuero o la calidad por la cual está declarando [...] Incluso se ha declarado que aquel testigo que no se abstuvo de declarar frente a la posibilidad de una autoinculpación y fue mendaz para evitar incurrir en ella, no incurrir en el delito de falso testimonio...

2. ...deben excluirse del falso testimonio las manifestaciones del testigo que, de pronunciarse con veracidad sobre hechos en los cuales el mismo es actor —o que no le son totalmente ajenos—, podría resultarle un perjuicio o una eventual responsabilidad de tipo penal.

CCrim. Nº 1 de Comodoro Rivadavia, 10-5-2001, “M., C. c/M., L. E. y/o ‘El Arbol’ y/o quien/es resulten ocupantes”, c. 000A 000022, eIDial - BC1669, BC166A

2. Autoridad competente

El acta que contenga la falsa declaración debe resultar formalmente válida para que sea alcanzada por la figura prevista por el artículo 275 del Código Penal que requiere que la deposición sea “hecha ante la

autoridad competente", lo cual implica que aquella sea rubricada por el magistrado que intervienga, según lo establece el artículo 442 del CPCC, que remite al artículo 416 del mismo ordenamiento, de aplicación supletoria según ley 18.345.

CNCCorr., sala VII, 13-2-91, "G., A. A.", c. 14.439, eIDial - A13D1

Es presupuesto del delito de falso testimonio que la declaración sea prestada ante autoridad competente y que el acta que la contenga sea formalmente válida, esto es, que haya sido rubricada por el juez y el secretario actuante.

CNCCorr., sala II, 11-2-92, "C., M. M.", c. 40.507, eIDial - A1615

Corresponde absolver a la acusada si el acta que contiene las manifestaciones reputadas mendaces no reúne las condiciones formales necesarias para la configuración del delito de falso testimonio, al carecer de la firma del actuante, cuestión que deviene insalvable en virtud de que tal omisión afecta un requisito esencial y descalifica como acto procesal idóneo al instrumento en cuestión.

CNCCorr., sala I, 30-6-92, "B., L. M.", c. 40.426, eIDial - A1689

No puede tenerse por incurso en el delito de falso testimonio a quien como testigo dio una versión ante el juez y luego se acreditó que, extrajudicialmente, ante escribano público, dijo lo contrario, pues no se estableció cuando se dijo la verdad.

CNCCorr., sala V, 18-11-94, "L., L. y otros", c. 2053, eIDial - A19B1

Se citó: STJ de Entre Ríos, 20-7-43, L. L. V-529, s. 5, y en igual sentido CNCCorr., 28-2-50, "B. de B., L. c/C., E.", L. L. 59-329

El acta en la que se volcó la declaración pretendidamente falsa no cuenta con la firma del juez ni del secretario actuante; ello impide tener por acreditado uno de los elementos del tipo del artículo 275, Código Penal, esto es, que la declaración sea realizada ante la autoridad competente, y ello ya constituye motivo suficiente para la desestimación. Las afirmaciones que se limitan a establecer un juicio de valor, y los comentarios realizados por una tercera persona

carecen de entidad para ser considerados a los efectos de la reconstrucción mental del hecho, y, en virtud de ello, no constituyen presupuestos fácticos hábiles para la configuración del delito de falso testimonio (art. 275, Cód. Pen.). No se configura el tipo penal del falso testimonio si la afirmación en cuestión es un dato meramente accidental, es decir no esencial, que haya de conformar la reconstrucción mental del juez.

CNCCorr., sala I, 23-8-2002, "O., A. M.", c. 18.989, eIDial - AII5EF

Las declaraciones testimoniales juradas y certificadas por escribano público, presentadas en un juicio civil, no reúnen los elementos del tipo objetivo de la figura de falso testimonio en cuanto las deposiciones atacadas no fueron verdadas ante la autoridad competente, como lo exige el artículo 275, Código Penal, ni con las formalidades procesales pertinentes, ello al no haber sido efectuadas bajo juramento de decir verdad.

Tampoco tipifican el delito de falsedad ideológica si las actas protocolares mencionadas no tuvieron por objeto acreditar la veracidad de los dichos de los imputados sino dar por cierto que la declaración fue efectuada ante escribano público.

Por último, si el documento presentado y supuestamente falso, no fue vinculante para el magistrado civil y no constituyó un ardid idóneo para inducir a error al juez y provocar la disposición patrimonial de un tercero, debe descartarse la figura de estafa procesal. Con ello, debe confirmarse el sobreseimiento de los incurso en orden a los delitos que se le imputaron.

CNCCorr., sala I, 2-12-2002, "K., R. E. y otros", c. 19.322, eIDial - AII6BF

La declaración realizada ante un escribano no puede configurar el delito de falso testimonio, toda vez que éste no reviste el carácter de autoridad competente a los fines del artículo 275 del Código Penal. Por ello, debe confirmarse el auto que desestima las actuaciones por inexistencia de delito.

CNCCorr., sala V, 13-3-2003, "B. V., J.", c. 20.469, eIDial - AII8F7

En orden al encuadramiento legal de la conducta desplegada por el encartado, debo expresar que queda subsumida en la figura del falso testimonio que tipifica el artículo 275 del Código Penal. Ello así toda vez que la conducta que se ha tenido por acreditada consistió en negar y callar la verdad respecto a la existencia de dos entrevistas en las que participó con personal policial y en una de ellas además, con un funcionario judicial. Además negó y ocultó el contenido de esas entrevistas en claro perjuicio de la administración de justicia, todo en oportunidad de declarar como testigo en la causa instruida, previo haber jurado decir la verdad, y todo en presencia del juez instructor actuante.

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala II, 4-6-95, c. 102 2408 2408, eIDial - ATE3D

3. *La promesa de decir verdad*

Si bien el artículo 440 del Código Procesal Civil y Comercial requiere que al momento de la declaración se imponga al testigo de las penalidades con que la ley reprime al que comete falso testimonio, también lo es que tal ordenamiento no prevé sanción alguna de nulidad para casos de inobservancia de tal requisito, y nada permite afirmar que tal advertencia dispense del deber de veracidad a que se refiere la norma del artículo 275 del Código Penal, en la medida en que dicha obligación sólo encuentra basamento en la exigencia del juramento o promesa de decir verdad.

CNCCorr., sala IV, 6-4-89, "S., M.", c. 35.522, eIDial - A138

La circunstancia de que al testigo que prestó juramento de decir verdad con antelación a deponer no se le hayan hecho saber expresamente las penalidades establecidas en el artículo 275 del Código Penal no enerva su eventual responsabilidad en el delito de falso testimonio, toda vez que la sanción prevista en dicha norma tiene sustento en la promesa que podría haber sido incumplida por el deponente.

CNCCorr., sala VI, 29-3-95, "T., M. J.", c. 2692, eIDial - A1A0A

Si se omitió recibir al imputado juramento de decir verdad en sede civil, la conducta reprochada deviene atípica.

CNCCorr., sala VI, 17-7-2003, "C., C.", c. 21.658, PJN Intranet

En orden al encuadramiento legal de la conducta desplegada por el encartado, debo expresar que queda subsumida en la figura del falso testimonio que tipifica el artículo 275 del Código Penal. Ello así toda vez que la conducta que se ha tenido por acreditada consistió en negar y callar la verdad respecto a la existencia de dos entrevistas en las que participó con personal policial y en una de ellas además, con un funcionario judicial. Además negó y ocultó el contenido de esas entrevistas en claro perjuicio de la administración de justicia, todo en oportunidad de declarar como testigo en la causa instruida, previo haber jurado decir la verdad, y todo en presencia del juez instructor actuante.

C.Pen. de Paraná, Entre Ríos, sala II, 4-6-95, c. 102 2408 2408, elDial - ATE3D

4. Autores

La procesada, que actuó en la causa como denunciante en representación necesaria de su hija menor -artículo 72 del Código Penal- y a su vez como víctima de amenazas, no revisite los requisitos necesarios para asumir la condición de sujeto activo del delito de falso testimonio.

CNCCorr., sala I, 22-2-91, "M., M. E.", c. 38.527, elDial - A13D2

Los informes que emiten las autoridades del Colegio Público de Escritanos deben considerarse encuadrados en los artículos 396 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial, y su contenido debe analizarse desde la óptica del artículo 275 del Código Penal -falso testimonio-, por lo que si la eventual falsedad no tiene entidad suficiente para, siquiera potencialmente, inducir a error al magistrado -lo que no sucede cuando son informes complementarios-, debe descartarse la tipicidad de la conducta.

CNCCorr., sala VI, 9-4-91, "B., A.", c. 21.156, elDial - A1416

1. La identificación e interrogatorio efectuados por la autoridad policial a quien les resultó sospechoso, por portar un aparato musical ostensible dimensión al salir de un negocio ubicado en una zona donde es pública y notoria la comercialización de este tipo de aparatos de

procedencia ilícita, no viola ninguna garantía constitucional, puesto que es su deber la prevención y represión del delito.

2. El testimonio del policía actuante en la prevención de un delito sobre la autoinculpación que admite el imputado no es más que una prueba testimonial y no puede parificarse a una confesión extrajudicial, ni a prueba ilegal, puesto que transmitir al juez lo que cae bajo la percepción de sus sentidos es para el policía un deber cuya omisión lo transformaría en un encubridor del delito, o lo haría incurrir en falso testimonio por callar la verdad de lo acontecido en todo o en parte.

CNCCorr., sala I, 20-11-91, "P., M. A.", c. 39.411, eIDial - AISDD

Para que se configure el tipo penal del artículo 275 del Código Penal, el sujeto activo debe reunir en sí la calidad de testigo, no estando comprendido en tal concepto ni el denunciante, ni el damnificado u otra parte interesada en el litigio.

CNCCorr., sala II, 25-2-92, "T., J.", c. 40.462, eIDial - AI616

La alteración de la verdad por el pariente al que le está vedado declarar en contra del imputado, si favorece a éste carece de aptitud para generar el delito de falso testimonio.

CNCCorr., sala VII, 20-2-2001, "C., A. J.", c. 15.365, eIDial - AI12DE

Se citó: CFed.CCorr., sala II, 30-8-89, "D. de M., A. M.", J. A. 1990-II-277

a) Testigos

Es requisito para mantener la calidad de testigo la ajenidad que con el juicio debe guardar el deponente. No corresponde considerar testigo en sentido propio a quien depone sobre hechos respecto de los cuales el mismo es actor y que pueden traerle aparejado algún perjuicio, razón por la cual las falsedades en que hubiera materialmente incurrido en tales circunstancias no configuran el delito de falso testimonio.

CNCas.Pen., sala IV, 1-11-95, "G., J. E. s/Rcurso de casación", eIDial - AD8A0

Se citó: CFed.CCorr., "P., R. A."

Sólo puede ser sujeto activo del delito de falso testimonio quien tenga la calidad de testigo en sentido propio, es decir, tercero ajeno al juicio, que depone sobre hechos que caen bajo la acción de sus sentidos y respecto del cual no participa, no incluyéndose en el tipo las declaraciones objeto de imputación, vertidas por el querellante.

CNCCorr., sala V, 25-4-2001, "G., F. C.", c. 15.844, eDial - A1135C

Se citó: CNCCorr., sala I, 11-6-76, "C., A.", L. L. 1976-D-430

Sólo pueden cometer el delito de falso testimonio quienes reúnen ciertas cualidades –testigo, perito o intérprete–, no pudiendo equipararse la figura del denunciante a la de un testigo, toda vez que este último, a diferencia del primero, no tiene interés alguno en el resultado final del proceso.

CNCCorr., sala IV, 10-6-2001, "S. de P., M. E.", c. 16.166, eDial - A113F0

Sólo puede ser sujeto del delito de falso testimonio quien tenga calidad de testigo en sentido propio, es decir tercero ajeno al juicio, que depone bajo los hechos que caen bajo la acción de sus sentidos, y respecto del cual no participa, sin incluirse en el tipo las declaraciones objeto de imputación, vertidas por el querellante.

Si el imputado no se refirió a hechos que había percibido por sí mismo, sino que sólo indicó lo que le habían relatado otras personas, éste no revestía calidad de testigo.

CNCCorr., sala VI, 12-9-2003, "P., R. R.", c. 22.660, PJN Intranet

El delito de falso testimonio es otro de los delitos que, dentro de la administración pública, protegen el normal y correcto funcionamiento de la administración de justicia y el acierto de las resoluciones emanadas de sus órganos que, en gran medida, dependen del conocimiento que éstos tengan de la verdad de los hechos sometidos a su juzgamiento. Para ser testigo falso no es imprescindible que el sujeto declare sobre hechos ajenos al objeto de juicio, pero si incurrir en falsedad para evitar autoincriminarse, su conducta estará justificada porque habrá ejercido un derecho (arts. 18 de la Const. Nac. y 34, inc. 4º del Cód. Pen.). En síntesis, se exige para la configuración del delito, no tanto la

falta de correspondencia entre lo afirmado y la realidad objetiva, sino fundamentalmente entre lo dicho y lo conocido.

CApel. de Concepción del Uruguay, Sala Penal, 10-11-97, "O., M. A. y otro s/Homicidio y lesiones graves", sent. 64, sumario: 00008177-01, eIDial - BB14139

b) Peritos

La valoración relativa a la veracidad o falsedad de un informe pericial corresponde al juez de la causa, quien sólo al momento de resolver el fondo de la cuestión estará en condiciones de poder determinar si procede la investigación de algún hecho ilícito.

CNCCorr., Secr. Esp., 31-10-96, "S. L. s/Falso testimonio", c. 9185, eIDial - A1BA0

El delito de falso testimonio requiere para su configuración para el caso de tratarse de peritos, que éstos, como terceros llamados al juicio para esclarecer hechos y objetos mediante la aplicación de conocimientos relativos a una peculiar materia en el (balística), nieguen o calen la verdad, en todo o en parte en su informe, respecto a esos hechos principales o accesorios que pueden positiva o negativamente contribuir a la formación del juicio del juez.

CNFed.CCorr., sala I, 24-2-99, "L., R. J. y otros s/Sobresesimientito", c. 29.231, reg. 20, eIDial - AJ91B

Perito, para los fines de nuestro Código sustantivo, es aquel experto que suministra al juez elementos de juicio en áreas científicas o técnicas específicas que escapan a la formación jurídica del magistrado, abarcando tal concepto a aquel designado no sólo por el magistro sino también por la autoridad policial, como es este caso. Por consiguiente, el encartado concurre a realizar el examen de las lesiones producidas en el cuerpo de la víctima, conjuntamente con el otro médico, en una tarea en donde hay división de funciones pero responsabilidad común, en calidad de perito, por lo que es pasible de ser alcanzado por la sanción prevista en el artículo 275 del Código Penal (del voto de los Dres. Lutz y Echarrren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación", SE 115/99, eIDial - AX1B12

Un perito forense que realiza una autopsia falsa, con conocimiento de dicha falsedad, y concluye que en el examen de los cuerpos se advierte un deceso por muerte violenta y criminal con determinadas características, comete el delito en su modalidad agravada, ya que ese informe supone un indudable perjuicio para los intereses procesales de quien es sindicado como autor de un delito. Carece entonces de importancia indagar acerca de las motivaciones de aquel para dar ese informe (del voto del Dr. Echarren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "Juzgado Nº 8 s/Investigación s/Casación", SE 114/99 y 28-7-99, "F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación", SE 115/99, eIDial - AX1B0E

La realización de la autopsia falsa mencionada en un proceso penal sólo podía ser encuadrada en el delito de falso testimonio simple en la medida en que hubiera sido idónea para funcionar como prueba de descargo. De lo contrario, potencialmente, podía perjudicar la situación de los inculpados, con lo que se configura la agravante del artículo 275, 2º parte del Código Penal (del voto del Dr. Echarren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "Juzgado Nº 8 s/Investigación s/Casación", Sentencias Penales SE 114/99, eIDial - AX1B0D
En igual sentido: STJ de Río Negro, 28-7-99, "F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación", Sentencias Penales SE 115/99

Corresponde precisar que los peritos pueden cometer delito afirmando haber efectuado diligencias que en rigor no han hecho o sobre la base de elementos que no existen o que son inexactos, o interpretando falsamente los hechos sometidos a su consideración [...] además, el perito carga con el deber jurídico individual consistente en la prestación de un servicio especial al Estado cuando administra justicia, y como tal debe ser cumplido, más aún cuando, por sus conocimientos especiales, puede decirse que se convierte en un auxiliar del juez.

Apel. de Esquel, 23-5-95, "C., E. N.", c. 000P 000044, CAO1, eIDial - BC305

III. Tipo subjetivo

El falso testimonio es un delito doloso, por lo que descarta toda conducta culposa. No comete falso testimonio el testigo o perito sólo

por afirmar algo objetivamente falso o callar algo verdadero, sino cuando sabe que lo que dice es falso y cuando oculta algo que sabe. Por eso el dolo requiere conocimiento, conciencia, y voluntad de afirmar lo falso o negar lo verdadero. Quien miente creyendo que dice la verdad no comete falso testimonio, porque subjetivamente no miente.

CNCas.Pen., sala III, 28-2-97, "K., J. s/Recurso de casación", eIDial - AD5B3

Se citó: CNCas.Pen., sala III, 11-11-94, "P., L. S. s/Recurso de casación", c. 166, reg. 168/94

El falso testimonio es un delito doloso, por lo que descarta toda conducta culposa. "No comete falso testimonio el testigo o perito sólo por afirmar algo objetivamente falso o callar algo verdadero, sino cuando sabe que lo que dice es falso y cuando oculta algo que sabe. Por eso el dolo requiere conocimiento, conciencia, y voluntad de afirmar lo falso o de negar lo verdadero. Quien miente creyendo que dice la verdad, no comete falso testimonio, porque subjetivamente no miente" (voto del Dr. Casanovas).

CNCas.Pen., sala III, 16-9-99, "L., A. H. s/Recurso de casación", c. 1715, reg. 438.99.3, eIDial AD924

Se citó: CNCas.Pen., sala III, 11-11-94, "P., L. S. s/Recurso de casación", c. 166, reg. 168/94

La esencia del delito de falso testimonio, como señala Núñez, no radica en la contradicción objetiva entre lo afirmado y la realidad, sino en la discrepancia entre lo que se declara y lo que sabe es irreal o inexacto. En ese sentido, corresponde revocar la sentencia apelada y absolver al procesado del delito de falso testimonio, por la imputación consistente en haberle endilgado al querellante haber sido asesor de Canal I durante la guerra de las Malvinas, haber cobrado por ello y haber desplegado una acción psicológica para la Fuerza Aérea, por existir un margen de duda respecto del elemento subjetivo doloso.

CNCor., sala V, 18-8-89, "Y., J.", c. 24.592, eIDial - A1AB

El dolo en el falso testimonio consiste meramente en el conocimiento de estar prestando una declaración falsa, afirmando a la autoridad algo no cierto, no requiriendo específica intención de delinquir.

CNCor., sala III, 30-9-91, "R. de G., L.", c. 29.285, eIDial - A1519

El tipo subjetivo del delito de falso testimonio no se configura con la mera oposición entre lo afirmado, negado o callado y lo que objetiva-mente es verdad, sino con la oposición de aquello que el autor conoce como verdad. Por lo tanto, no es endilgable el delito a quienes ofrecie-ron testimonios sobre la presunta comisión de un ilícito, siendo que luego resultaron inexactos, si fueron prestados bajo el total convenci- miento de su veracidad.

CNCCorr., sala IV, 9-3-94, "P., L.", c. 1327, eIdial - A18BB

El tipo subjetivo del delito de falso testimonio consiste en tener conocimiento, conciencia y voluntad de afirmar lo que se sabe falso o, en otro supuesto, de negar o callar lo que se sabe verdadero, o sea, la intención y voluntad de concretar el tipo objetivo del falso testimonio.

CNCCorr., sala I, 18-4-97, "C., C. y otro", c. 45.263, eIdial - A1C58

El delito de falso testimonio requiere de la existencia de oposición entre lo afirmado y lo que el deponente conoce como verdad, y no una divergencia entre lo aseverado y lo objetivamente verdadero, es decir, requiere una discrepancia entre lo afirmado y lo sabido.

CNCCorr., sala V, 31-10-2000, "C., C. y otros", c. 14.817, eIdial - A111A4

Hay personas a quienes el primer interrogatorio judicial puede produ- cir turbación o sobresalto y más de una vez, ya serenas recuerdan todas las circunstancias del suceso, descartando algún error cometido en su declaración o un tercero se los hace notar; dicha circunstancia no logra despojar en el momento al testigo de la confianza. Así, quien miente subjetivamente no miente ya que este delito requiere de una oposición entre lo afirmado y lo que el deponente conoce como verdad y no una divergencia entre lo aseverado y lo objetivamente verdadero.

CNCCorr., sala V, 22-5-2002, "G. y F., R. R.", c. 16.164, eIdial - A1135B

Se citó: CNCCorr., sala V, 31-10-2000, "C., C. y otros", c. 14.817, BCNCyC Nº 4/00, p. 17; CNCas.Pen., sala III, 16-9-99, "L., A. H.", c. 1715

El hecho de mentir sobre las generales de la ley no constituye delito de falso testimonio, porque esas preguntas tienen por fin individualizar a la persona y no constituyen parte de su declaración. La tipicidad no reside en que el testigo diga algo en "contra de la verdad formal u oficial" a la que pueda haber llegado el tribunal, sino que diga algo que difiera con lo que vio o escuchó. Por cuanto el delito de falso testimonio es un delito doloso, exige la acreditación del dolo requerido.

CNCCor, sala I, 14-3-2002, "B., M.", c. 17.584, eIDial - A11480
Se citó: CNCCor, sala I, 12-4-94, "M. Q., M.", c. 47.187;
 28-4-98, "I., M.", c. 8670, entre otras

El delito de falso testimonio [...] consiste en la relación de los hechos que han caído bajo los sentidos del sujeto, de manera que el relato versa, en realidad, sobre las percepciones que el testigo ha tenido. El relato no se torna falso por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos. La falsedad consiste en la discrepancia entre los hechos referidos y los hechos sabidos.

CNCCor, sala I, 3-9-2002, "T., B. P. y otros", c. 17.259 bis, eIDial - A115F0

El delito de falso testimonio no se configura con la contradicción objetiva entre la realidad del hecho y lo que sobre ella el testigo afirma, o niega, sino en lo que sabe, calla o afirma con relación a situaciones que caen bajo la apreciación de los sentidos, ajenas a nexos jurídicos que habrán de sustraerse de las contingencias de la prueba testimonial.

CNCCor, sala VII, 29-10-2002, "A., M. S. y otro", c. 19.456, eIDial - A1170F

Ha sido en virtud de las declaraciones contestes brindadas por los propios testigos del procedimiento, y no en razón de los dichos de los preventores, que la distorsión de los hechos acaecidos ha quedado evidenciada. "El relato no se torna falso, no se lo puede calificar como falso por su posible discrepancia con los hechos, sino por su discordancia con las percepciones de los hechos. La falsedad no consiste, pues, en la discrepancia entre el relato y los hechos reales sino en la discrepancia entre los hechos referidos y los hechos sabidos".

CFed.CCor, sala I, 25-4-96, "G., R. s/Den.", c. 26.931, reg. 350, eIDial - A137B

Lo falso tiene que darse por la discrepancia entre lo que se informa o se calla y lo que se sabe es irreal o inexacto.

CFed.Corr, sala I, 24-2-99, "L., R. J. y otros s/Sobresesimiento", c. 29.231, reg. 20, eIDial - AJ91C

La falsedad del testimonio no depende de la relación entre el dicho y la realidad, sino el dicho y el conocimiento que posee el testigo respecto al interrogante. Se requiere discrepancia entre los hechos referidos y los hechos sabidos: no hay falsedad por error o ignorancia.

CApel. de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Sala Penal, 1-8-94, "D. I., R. A.", c. 5117, eIDial - AT368

No existe razón alguna que justifique la conducta del encartado de haber declarado en forma precisa y concluyente sobre un hecho que conoció por sus sentidos, para luego variar diametralmente tales afirmaciones ante el mismo órgano judicial ante el cual había comparecido con todas las garantías legales. El testimonio inicial tuvo la idoneidad suficiente para servir de pivote para la pieza acusatoria y sabido es que el criterio de la falsedad del testimonio no depende de la relación entre el dicho y la realidad de las cosas sino de la relación entre el dicho y el conocimiento del testigo.

CApel. de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Sala Penal, 6-9-95, "N. N. s/Falso testimonio", c. 5415, eIDial - AT3DC

Para que se configure el delito de falso testimonio debe estarse ante una mentira, retaceo u ocultamiento a sabiendas y con libertad absoluta de una realidad. No se trata pues de una "contradicción" objetiva—si es que en el caso existe—entre la realidad y lo que sobre ella dice el testigo, sino de una diferencia entre lo que se sabe y lo que se afirma.

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala I, 4-7-95, "N. N. s/Falso testimonio", c. 101 2010, sumario Nº 1000359, eIDial - ATD2C

En su aspecto subjetivo, el delito de falso testimonio no se da en la oposición entre lo afirmado, negado o callado y lo que objetivamente es la verdad, sino en la oposición de aquello que el autor conoce como verdad.

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala I, 4-2-92, "N. N. s/Falso testimonio", c. 101 1611, sumario Nº 1000236, eIDial - ATD67

Para que haya falso testimonio no interesa tanto el dato objetivo relativo a la conformidad entre el discurso y el hecho o hechos sobre los que se declara, sino que lo relevante es la posición subjetiva del exponente. Puede un testigo referir mil inexactitudes que, en tanto no obedezcan al deliberado propósito de falsear la verdad, serán manifiestamente ajenas a la configuración del delito de falso testimonio. La consumación de esta quiebra legal es, pues, una resultante de afirmar falsedades o callar la verdad con el deliberado propósito de inducir a error.

C3°CCor. de La Plata, 26-8-86, "G., R. L. y o. s/Falso testimonio", P 68172, RSD-153-86 S, JUBA

1. *Error de prohibición*

Si el imputado fue inducido por una profesional del Derecho a declarar como lo hizo a fin de no perjudicar a las familias involucradas en el hecho, fácil es colegir también que fue presionado a obrar de tal forma por el aval que creyó tener el "consejo" de quien se suponía experta en la materia, por lo que la expresión "de hecho" "debe referirse solo a la ignorancia, porque la ignorancia de Derecho siempre es un error y en el caso, resulta creíble la actitud del imputado ya que su intención fue paliar la situación de un menor al amparo del 'respaldo jurídico' efectuado por la abogada".

CPen. de Paraná, Entre Ríos, sala I, 1-2-93, "N. N. s/Falso testimonio", c. 101 3137, sumario Nº 1000054, eIdial - ATC82

IV. Consumación y tentativa

En nada obsta al perfeccionamiento del delito de falso testimonio que la declaración cuestionada de mendaz no haya sido determinante para que el juez civil funde su resolución, e incluso que sea coincidente con la de otro testigo no cuestionado, ya que lo relevante es que el testimonio, de alguna manera contribuyó positivamente a la formación del juicio del juez y por ello es reprochable.

CNCCor., sala III, 10-12-91, "O. V., R.", c. 30.025, eIdial - A15BD

1. El delito de falso testimonio no exige resultado, se consuma en el

momento de la declaración o de la presentación de la pericia de modo que, al ser un delito instantáneo, no admite la rectificación. Si el imputado en su condición de perito en sede civil afirmó que existían mejoras en un inmueble y dio el precio y valor de ellas, y en la pericia ordenada en la Alzada sus conclusiones son claramente contradictorias, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de falso testimonio (art. 275, primer párrafo del Cód. Pen.) (del voto del Dr. Donna al que adhirió el Dr. Filozof).

2. La figura del falso testimonio es dolosa y requiere la conducta típica de afirmar una falsedad o negar o callar la verdad en todo o en parte. Si no se trató de la única pericia solicitada por el tribunal y las opiniones del imputado le fueron cuestionadas, no ha habido posibilidad de inducir en error al juez. Con ello, al no probarse el dolo del autor ni la posibilidad de un efecto dañoso, debe dictarse su sobreseimiento (disidencia del Dr. Elbert).

CNCCorr., sala I, 25-8-2003, "C., E. L.", c. 20.279, PJN Intranet

El falso testimonio se consumó sin que la posterior rectificación modifique en nada la cuestión penal de fondo respecto del instigador, ya que sus consecuencias operan sólo en el procedimiento y en la destitución de todo valor de prueba de la declaración prestada con falsedad.

CFed.CCorr., sala I, 25-4-96, "G., R. s/Denuncia", c. 26.931, reg. 350, eIdial - AJ37A

El delito de falso testimonio no requiere propósito específico de perjudicar, no es necesario que produzca un daño efectivo sino meramente potencial; en consecuencia, basta con falsear las generales de la ley y que exista la posibilidad de poder inducir a error al juez en su decisión, por lo que aunque efectivamente no se engañe a éste, se comete el delito de falso testimonio, el que es formal e instantáneo.

SCJ de Mendoza, sala II, 31-7-92, "Fiscal c/F., J. H. y C., F. C. s/Falso testimonio. Inconstitucionalidad. Casación", fallo 92199204, expte. 48293, ubicación: S229-001, eIdial - MZ2AA4

El falso testimonio es un delito formal y de peligro abstracto, no teniendo en nuestro Derecho significación jurídica alguna la retractación. Así también lo ha entendido nuestra jurisprudencia: "...el falso

testimonio es un delito formal que se perfecciona en el momento de prestar la declaración, por lo que la posterior retractación no hace desaparecer el delito...." (CCCorr. de La Plata, 16-10-69, J. A. res. 1970-342).

C2°CCorr. de Mar del Plata, 14-3-96, "D. A. M. s/Falso testimonio", c. 40.736, RSD-37-96 S, eIDial - WB24C

Cuando el testigo se rectifica de sus dichos, antes de cerrar el acto de la declaración, éste no incurrir en el accionar delictivo que tipifica el falso testimonio.

SCJ de Mendoza, en pleno, 23-8-93, "Fiscal c/A., R. P. s/Falso testimonio", fallo 93190772, expte. 17.693, ubicación: S047-433, eIDial - MC2EB7

No excluye la tipicidad del falso testimonio la retractación efectuada por la imputada, habida cuenta de que ella aconteció con posterioridad a la conclusión del acto, oportunidad ésta en que se consumó el delito.

SCJ de Mendoza, en pleno, 7-4-99, "Fiscal c/I. O., B. E. s/Falso testimonio", fallo 99190577, expte. 1644, ubicación: S009-235, eIDial - MC2F84

V. Agravante falso testimonio en causa criminal en perjuicio del imputado

Debe decirse que las falsedades u omisiones de decir verdad referidas a las manifestaciones realizadas por las generales de la ley no pueden constituir falso testimonio, toda vez que esas preguntas tienen por fin individualizar a la persona y no constituyen en parte de su deposición sobre los hechos.

Si el damnificado reconoció que conocía a los testigos imputados, que trabajaban juntos y que les había pedido que salieran de testigos en la causa por lesiones de la cual era damnificado, indicándoles que debían decir, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de instigación a cometer el delito de falso testimonio agravado por cometerse en causa criminal en perjuicio del inculpaado (arts. 45, 209 y 275, párr. 2° del Cód. Pen.).

CNCCorr, sala I, 18-2-2003, "P., M. A. y otros", c. 18.806, eIDial - A118F8

El juez de grado ha incurrido en una inobservancia de la ley sustantiva pues ha requerido de modo indebido, como elemento típico de la culpabilidad del sujeto activo en el delito de falso testimonio agravado (art. 275, Cód. Pen.), la posibilidad de perjuicio al imputado, cuando ésta no integra el dolo directo de la acción sino que es un dato objetivo de la norma (del voto del Dr. Echarren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "Juzgado Nº 8 s/Investigación s/Casación", eIDial - AX1B0B

Un perito forense que realiza una autopsia falsa, con conocimiento de dicha falsedad, y concluye que en el examen de los cuerpos se advierte un deceso por muerte violenta y criminal con determinadas características, comete el delito en su modalidad agravada, ya que ese informe supone un indudable perjuicio para los intereses procesales de quien es sindicado como autor de un delito. Carece entonces de importancia indagar acerca de las motivaciones de aquel para dar ese informe (del voto del Dr. Echarren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "Juzgado Nº 8 s/Investigación s/Casación", SE 114/99 y "F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación", SE 115/99, eIDial - AX1B0E

La realización de la autopsia falsa mencionada en un proceso penal sólo podía ser encuadrada en el delito de falso testimonio simple en la medida en que hubiera sido idónea para funcionar como prueba de descargo. De lo contrario, potencialmente, podía perjudicar la situación de los inculcados, con lo que se configura la agravante del artículo 275, 2ª parte del Código Penal (del voto del Dr. Echarren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "Juzgado Nº 8 s/Investigación s/Casación", Sentencias Penales SE 114/99, eIDial - AX1B0D
En igual sentido: STJ de Río Negro, 28-7-99, "F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación", Sentencias Penales SE 115/99

"El dolo necesita la extensión del conocimiento del autor a las circunstancias agravantes: además de aquellos que son propios del falso testimonio de la parte 1ª del artículo 275 del Código Penal, la culpabilidad típica exige que el autor sepa que actúa en un proceso penal y que la falsedad en que incurre tiene idoneidad para influir en el perjuicio

del imputado, además de querer pronunciarse con falsedad. Pero dicho conocimiento no se transforma en una exigencia de dolo directo para la agravante, pues la norma no menciona el perjuicio del imputado como requisito sine qua non de la dirección subjetiva de la acción; la posibilidad de perjuicio es un dato objetivo del tipo, no una exigencia subjetiva de la acción típica; el autor puede no actuar persiguiendo la finalidad de perjudicar al imputado—puede hacerlo con otras motivaciones—; para el tipo agravado basta con que sepa que su falso testimonio tiene carácter perjudicante y, no obstante ello, quiera falsificar la verdad...” (cfr. Carlos Creus, en *Delitos contra la administración pública*, ps. 494/495) (del voto del Dr. Echarren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, “Juzgado N° 8 s/Investigación s/Casación”, y 28-7-99, “F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación”, eIDial - AX1B0C

VI. Querrelante, particular ofendido por el delito

Debe tenerse como particular ofendido en relación al delito de falso testimonio, la parte respecto de la cual resultara un perjuicio real o posible.

CNCCorr., sala VII, 9-9-97, “C. de M., E. D.”, c. 6967, eIDial - AICD8

Los padres de la víctima de homicidio están facultados a ejercer los derechos que la ley atribuye al particularmente ofendido, artículo 82 del Código Penal, como también pueden revestir este carácter en relación al denunciado falso testimonio del único testigo presencial del hecho, cuya directa relación con aquel resulta evidente y en relación al cual están instando su esclarecimiento.

Se ha dicho que “si bien el delito de falso testimonio conforma una de aquellas infracciones penales que afectan directamente a la administración de justicia—su sistemática ubicación en el Código Penal entre los delitos contra la administración pública así lo estigmatiza—, ello no obsta a que simultáneamente su perpetración pueda ofender otros bienes particulares jurídicamente protegidos”.

CNCCorr., sala VII, 22-4-98, “B., J. J.”, c. 8.475, eIDial - AIDEI
Se citó: CNCCorr., sala VII, 12-6-97, “J., A. G.”, c. 6178

Corresponde que el juez tenga por querellante a quien se lo puede considerar particularmente ofendido del delito de falso testimonio (del voto del Dr. Rivarola).

Si bien la administración de justicia es la damnificada por el delito de falso testimonio, en forma concomitante coexiste el interés legítimo de quien resulta parte en el juicio civil y perjudicado por el testimonio brindado (del voto del Dr. González).

CNCCorr., sala I, 27-10-98, "K., M.", c. 9686

Se citó: CNCCorr., sala VI, 31-5-96, "D., J.", c. 4693, elDial - A1110C

Disidencia del Dr. Donna: No corresponde que el denunciante sea legitimado pasivamente para ingresar a querellar en las actuaciones, ya que por el delito de falso testimonio sólo resulta damnificada la administración pública.

Se citó: CNCCorr., sala I, 7-10-94, "S., B.", c. 2270, BCNCYC Nº 4/94, p. 175; 24-4-98, "Buenos Aires Inmobiliaria", c. 8836; 12-8-98, "K., H.", c. 9381

VII. Diferencia con otros delitos

1. Con la calumnia

Si la imputada mintió al formular denuncia, no pudo incurrir en falso testimonio sino en calumnia, al imputar falsamente a otra persona el delito de usurpación.

CNCCorr., sala IV, 26-11-97, "S., M. C. y otro", c. 7859, elDial - A1D17

No son típicas de ese delito las manifestaciones verdaderas en la ratificación de una denuncia, toda vez que no cumplen un rol probatorio sino que responden a la inquietud de aportar datos que, recién a partir de ese acto, habrán de comenzar a ser investigados. Dicha conducta tampoco constituye falsa denuncia, se trata de la atribución de un hecho a una persona determinada, y sólo puede configurar el delito de calumnia (art. 109 del Cód. Pen.).

La acción del imputado que prestó declaración testimonial en forma mendaz con la finalidad de perjudicar a los imputados en una causa penal en la que revestía el carácter de particularmente interesado en el resultado del proceso, por ser la denunciante su esposa, resulta constitutiva del delito de calumnias (art. 109 del Cód. Pen.), si

mediante su testimonio habría formulado una falsa imputación de un delito contra una persona determinada.
Con ello, el auto que rechaza el requerimiento de instrucción fiscal y ordena el archivo de las actuaciones debe ser confirmado.

CNCCor., sala VI, 20-3-2003, "V., C. A.", c. 20.696, eIDial - A118FA
Se citó: CFed.CCor., sala II, 16-5-2000, "A., M. J.", c. 16.153

No puede equipararse la situación del testigo que depone con falsedad para encubrir el hecho propio, con la de quien con la misma finalidad efectúa una denuncia falaz. Ello es así, puesto que en el primer caso la persona se encuentra conminada a declarar, artículos 240, 247 y 248, CPP, al tiempo que concurre a su respecto el derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo. En cambio, en la otra hipótesis, el sujeto actúa libremente, es decir, sin obligación alguna, evidenciando de este modo su voluntad de engaño a la autoridad, tratando de falsificar una posible coartada para su eventual delito, agrediendo en consecuencia el bien jurídico protegido por el artículo 245, Código Penal que es el normal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional.

CNCCor., sala IV, 4-11-97, "A., R.", c. 7699, eIDial - AID18
Se citó: CNCCor., sala III, 24-4-90, "C., A. P.", c. 26.708, BCNCyC Nº 2/90, p. 99; id., 26-5-87, "A., C.", c. 21.839, BCNCyC Nº 2/87, p. 610

2. Con el encubrimiento

Si el experto —en autos, perito médico policial— hubiera tomado como cimiento de la tergiversación de un hecho en el que hubiera sido un tercero debería ser considerado testigo —pasible de incurrir en encubrimiento—, pero al haber intervenido directamente y —en hipótesis— haber concurrido a alterar dolosamente el trámite técnico de la pericia junto con otro profesional, su conducta se coloca en la figura agravada del falso testimonio —artículo 275 del Código Penal— y se descarta el supuesto encubrimiento, ya que la actividad mencionada se une causalmente —en los aspectos objetivo y subjetivo— con la del restante copartícipe (del voto de los Dres. Lutz y Echarrren sin disidencia).

STJ de Río Negro, 28-7-99, "F., R. L. s/Falso testimonio agravado s/Casación", SE 115/99, eIDial - AX1B15

3. Concurso ideal

La falsa imputación de un delito de acción pública al prestar declaración testimonial constituye un concurso ideal entre los delitos de calumnia y falso testimonio que obliga a seguir el procedimiento propio del segundo delito.

CNCCor., sala I, 16-9-2002, "O., G.; c. 18.611, elDial - A11571

Se citó: CNCCor., 6-9-44, "M., F."; J. A. 1944-IV-439, L. L. 37-742 y SCJ de Tucumán, 3-12-53, "F. de L., M. R.", L. L. 77-256

Disidencia del Dr. Donna: El trámite dado a la causa por la querrela, quien imputa el delito de injuria o calumnia, debe seguir su curso ya que no hay requisitoria fiscal que avale otro proceso en trámite. En cuanto al fondo de la causa hay elementos suficientes para proseguir con ella, habida cuenta que basta con el dolo del autor, sin otras exigencias subjetivas.

ENCUBRIMIENTO (Art. 277 del Cód. Pen.)

I. Generalidades

Corresponde sobreeser al imputado del delito de encubrimiento atribuido si detenido a bordo de una camioneta "Ford F 100" cuyo dominio no tenía impedimentos, se verificó que poseía adulterada la numeración del chasis, no pudiéndose establecer la original, debido a que existe una soldadura que alcanza al primer dígito e impide conocerlo. Ello es así, por cuanto no hay constancias que permitan sostener que la camioneta que se secuestrara en su poder provenía de un delito y tampoco se pudo acreditar que haya participado en las maniobras de erradicación realizadas sobre el chasis del vehículo referido, sin que este último accionar pueda considerarse como constitutivo de un elemento típico del delito de encubrimiento. En este sentido, no ha podido acreditarse que la camioneta utilizada por el nombrado provenga de un delito, ya que si bien la eliminación de la numeración constituye por sí un accionar típico, lo cierto es que no puede sostenerse que su obtención se haya logrado mediante la comisión de un delito, requisito indispensable para configurar el encubrimiento. Así, para que se esté en presencia del delito de

encubrimiento Soler establece que: "La ley se refiere a dinero, cosas o bienes provenientes de un delito. Antes, con impropiedad, se refería sólo a lo que se logra mediante sustracción. Es indiferente que se trate de cosa robada, estafada, indebidamente retenida, obtenida por extorsión, e inclusive por medio de un delito que no sea directamente contra la propiedad, como el cohecho, siempre que la cosa haya sido obtenida mediante un delito por efecto del cual aquella haya resultado sustraída a la esfera de custodia en que legítimamente se hallaba, o a la persona a quien legítimamente pertenecía" (*Derecho Penal argentino*, Tea, t. V, p. 348). En igual sentido, Fontán Balestra (*La reforma penal*, Abeledo-Perrot, p. 319) sostiene que: "Las cosas deben provenir de un delito [...] Es de importancia agregar que al haberse reemplazado el término sustraídos, por provenientes de un delito, desaparecen las dudas sobre el sentido que aquella expresión había originado. En lo sucesivo, como había sido interpretado, da lo mismo que sean cosas hurtadas, robadas, defraudadas, estafadas, obtenidas por extorsión e incluso sobre delitos cuyo bien jurídico prevaleentemente tutelado no sea la propiedad, como cosas provenientes de un cohecho, malversación, etcétera".

CNCCorr., sala I, 5-10-2004, "G. A. L."

Es procedente absolver al imputado por el delito de encubrimiento (art. 278 del Cód. Pen. según ley 23.468) si la sentencia condenatoria no efectúa referencia alguna sobre el ánimo de lucro en el receptor —en el caso, se le incautó un arma de fuego, cuya numeración había sido erradicada—, en tanto elemento subjetivo exigido para la configuración del delito. Es nula la sentencia condenatoria —en el caso por el delito de encubrimiento del artículo 278 del Código Penal según la ley 23.468— si media ausencia total de fundamentación sobre la acreditación del elemento subjetivo requerido para la configuración del delito, pues ello atenta contra los artículos 18 de la Constitución Nacional y 123, 399 y 402, inciso 2º del Código Procesal Penal de la Nación.

CNCas.Pen., sala IV, 27-11-2001, "A., J. M.", L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 6-7-2001, p. 53

Si bien la eliminación de la numeración de un arma constituye un accionar típico, no puede sostenerse que su obtención se haya logrado

mediante la comisión de un delito, requisito indispensable para con-
figurar el delito de encubrimiento (del voto en disidencia del Dr.
Donna).

CNCCor., sala I, 7-3-2000, "M., V.", L. L. 2001-B-534; J. A.
2001-II-291

Toda vez que la descripción de los hechos encuadra en el delito de
receptación sospechosa de objetos provenientes de un delito -artícu-
lo 278, Código Penal- anterior a la modificación introducida por la ley
25.246, que sustituyó el contenido de dicho artículo, derogando el tipo
penal que regula tal conducta que es la que el fiscal imputa y además,
por la que se indagó al imputado, corresponde, por aplicación de la ley
más benigna -artículo 2º, Código Penal- el sobresimiento en razón
de ser actualmente atípica la conducta -artículo 336, inciso 3º, CPPN-
(con nota de Carlos Creus).

CNCCor., sala I, 24-8-2000, "I., E.", J. A. 2001-III-285 (J. A.
Informativa Jurídica Documento Nº 1.50508)

En el artículo 29 de la ley 25.246 lo que el legislador ha efectuado no
es la despenalización de aquellas conductas previstas por el artículo 25
de la ley 23.737, sino por el contrario, ha dictado una nueva norma que
contempla a las anteriores, agravando en algunos casos su sanción. Así
la ley 25.246 ha mantenido la incriminación de la conducta típica, sea
en su artículo 3º en tanto modifica el artículo 278 del Código Penal en
el nuevo texto de sus incisos 1º y 3º o fuere en su artículo 2º en cuanto
modifica el artículo 277, y establece en su reemplazo el inciso c) del
mismo texto legal. Por ello, es que atendiendo al principio *tempus regit
actum* y atento el monto de la pena pecuniaria establecida en la norma
citada en primer lugar, debe estarse a la aplicación de la ley más
benigna en beneficio del imputado, confiriéndole, en el caso, a ésta
ultraactividad.

CFed.CCor., sala I, 13-2-2002, "D. T., N. A. s/Procesamiento y
p. p.", PJN Intranet

Entre ambos deudores -el que cometió el delito y el encubridor- media
una solidaridad imperfecta, cada obligado es deudor del todo, aunque
no haya solidaridad entre varios obligados. La obligación así nacida
no es "solidaria" pero sí, in sólidum, cuyos efectos son en cierto modo

equiparables a los que surten las obligaciones indivisibles o de garantía. La distinción no afecta el derecho del acreedor de exigir a cualquiera de ellos el cumplimiento integral de su deber de indemnizar el daño padecido, sin fraccionamiento alguno de su responsabilidad.

CNCas.Pen., sala III, 24-10-96, "F., M. N.", c. 417, reg. 343/96, J. P. B. A. 110-3

La erradicación de la numeración de un arma, prevista en el artículo 289, inciso 3º, Código Penal, satisface el concepto valorativo jurídico de la palabra "delito" empleada en el primer párrafo del artículo 277, Código Penal.

CNCContr., sala VII, 12-9-2001, "B., S.", c. 16.920, BCNCyC Nº 3/2001, p. 190; PJN Intranet

El encubrimiento es un delito omisivo que también es formal, de carácter permanente. No requiere que como consecuencia del incumplimiento el delito haya quedado oculto o se haya demorado o entorpecido su investigación. Por consiguiente, es también un delito de peligro, aunque puede ser de daño, precisamente cuando se ha producido uno de esos resultados. Es permanente porque subsiste mientras no se haya hecho la denuncia, pero será instantáneo cuando la denuncia se formaliza de manera equivocada, reticente o falsa, que no es el caso. El delito se consuma cuando ha vencido el plazo correspondiente para hacer la denuncia, si existe alguno fijado. Si no existe plazo fijado y lo que debe hacerse es denuncia, resulta innegable que debe hacerse inmediatamente. Sin pérdida de tiempo, con arreglo a las circunstancias del caso concreto y su naturaleza, del mismo modo que de acuerdo con el carácter de las ocupaciones del funcionario. Si la demora es injustificable equivale a omisión...

Capel. de Trelew, sala 1º, 8-11-2000, "Procurador Fiscal Nº 3", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 15.8803

El dolo de encubrimiento surge claro de la falta de explicación admisible del procesado acerca de la tenencia de objetos provenientes de un delito, lo que conduce a la presunción de su existencia...

CFed.CCort., sala II, 11-8-97, "M., J. y otros s/Falsificación de documentos y falsificación de moneda extranjera", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9817

La configuración del delito de encubrimiento real exige algo más que la mera tenencia del objeto proveniente de un delito. Estos requisitos hacen al tipo objetivo; mas, también se necesita del tipo subjetivo, esto es, de la voluntad y conocimiento del sujeto activo de concretar la conducta prohibida en el tipo objetivo.

Capel, de Esquel, 23-6-97, "A., H. F. c/L., M. E.", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 15.5984

II. Bien jurídico

1. Bien jurídico (conf. ley 23.468)

El tribunal a quo, como se ha dicho, absolvió a los acusados por los delitos de tenencia ilegítima de documento nacional de identidad parcialmente llenado y adulteración de instrumento público destinado a acreditar la identidad de las personas—este último en grado de participación necesario—en concurso real; para así decidir declaró la nulidad del acta de fs. 1/2 y de todo lo obrado en su consecuencia, entendiendo que la conducta de los preventores, al adquirir a sabiendas mercadería robada, resulta atrapada por la figura de encubrimiento tipificada en el artículo 277, inciso 3º del Código Penal, lo que "impide otorgar validez a todo lo que de ella se derive" y por constituir violación de las formas sustanciales de la instrucción "implica el apartamiento de las reglas del debido proceso legal y por tanto una clara infracción a las previsiones del artículo 168 del Código adjetivo, que obliga al tribunal a declarar, aun de oficio, la nulidad de lo actuado".

Distinta ha sido, por cierto, la opinión de la sala II de esta Cámara de Casación, tribunal que rechazó el recurso—interpuesto con similares agravios a los aquí tratados—contra la sentencia que condenó a J. E. E.—delito verificado, precisamente, mediante la compra efectiva—da por el personal policial—. Dijo ahí la sala que "la mentada adquisición, lejos de constituir un acto aislado huérfano de sustento legal, se inscribió en la mecánica adquisitivo-probatoria de la actividad preventiva desplegada en el marco de una investigación llevada a cabo con pleno control jurisdiccional, tal como lo señalaban con acierto los sentenciantes a fs. 946 y 952" (c. 2208, "E. E., H. J. s/Rec. de casación", 31-8-99, reg. 2756).

Frente a ello, escaso sustento tiene la descalificación que intenta

—sobre la base de la supuesta naturaleza delictiva de los actos de la prevención— y que fue edificada con prescindencia de todo análisis sobre los aspectos subjetivos del tipo y con olvido de que ninguna afectación pudo producirse al bien jurídico protegido—la administración de justicia— si la conducta del personal policial estuvo clara y eficazmente encaminada a facilitar, sin erigirse, para ello, en agente provocador del delito que ya con anterioridad se había cometido.

CNCas.Pen., sala I, 29-3-2000, “B., J. A. y otro s/Rec. casa-ción”, c. 2546, reg. 3408, Fallos CNCas.Pen., Ed. Di Plácido, Año II, Nº 3, 2001, ps. 484/6

El bien jurídico protegido por la figura del encubrimiento es la administración de justicia, cuya actividad en la individualización de los autores de los delitos puede verse perturbada por la conducta del encubridor. Especialmente en cuanto al favorecimiento personal.

JCorr. Nº 1 de Trelew, 3-11-98, “M., R.”, CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 15.7216

III. Presupuesto del delito

1. *El delito antecedente (conf. ley 25.246)*

El juez que conoce en la causa motivada por la sustracción de un vehículo deberá entender además en las actuaciones formadas con motivo de un eventual encubrimiento en razón de la alternativa de las figuras de que se trata. Resulta adecuado el juzgamiento por separado del delito de encubrimiento cuando de los elementos de juicio reunidos en el sumario no surge que el imputado haya tenido participación en el desapoderamiento del automotor, cuando resulta con absoluta nitidez que los imputados por el encubrimiento no han tenido participación alguna en el delito de robo, corresponde a la justicia federal instruir el sumario por el posible encubrimiento cometido en jurisdicción provincial del robo que se investiga ante los tribunales ordinarios de la Capital Federal.

CNCor., sala VI, 10-9-2002, “F., J. A.”, c. 19.842, PJN Intranet

Desde la tipicidad objetiva, el delito de encubrimiento—artículo 277, inciso 1º, apartado c), Código Penal— reclama la existencia de un delito precedente, es decir, una acción típica según nuestro Código de

fondo, sus leyes complementarias o especiales. Si este extremo no se ha verificado, imposible resulta afirmar la tipicidad de la conducta de los encausados, por lo que debe el magistrado arbitrar los medios necesarios para constatar si la motocicleta proviene o no de algún delito.

CNCCorr., Sala de Feria A, 2-8-2002, "D., C. O. y otro", c. 231, PJN Intranet

La erradicación de la numeración de un arma, prevista en el artículo 289, inciso 3° del Código Penal, satisface el concepto valorativo jurídico de la palabra "delito" empleada en el párrafo 1° del artículo 277 del Código Penal.

CNCCorr., sala VII, 12-9-2001, "B., S.", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 12.9632

No existe encubrimiento del delito de supresión de números identificatorios (art. 289, inc. 3°, Cód. Pen.) si el arma no proviene de un delito.

CNCCorr., sala I, 26-1-2001, "R., W. R.", c. 15.907, BCNCGC Nº 2/2001, p. 85

Se citó: CNCCorr., fallo plenario Nº 16, 15-10-86, "C., H.", L. L. 1986-E-376

La ley 24.721 suprimió el inciso 4° del artículo 289, Código Penal que aludía a la numeración de las armas. Sin embargo dicha conducta no está despenalizada, quedando comprendida en el inciso 3° de dicho artículo, que hace referencia a los objetos registrados de acuerdo con la ley, entre los que deben incluirse las armas. La detención del imputado con un arma con numeración erradicada puede tipificar dicho supuesto o el previsto por el artículo 277 del Código Penal.

CNCCorr., sala VI, 19-4-2002, "S., A.", c. 18.040, BCNCGC Nº 2/2002, p. 89

El sentido lingüístico de la palabra "provenir" involucra el de "proceder", que contempla el de seguirse una cosa de otra, tanto física como moralmente (*Diccionario de la Real Academia Española*). Con ello, quien recibe un arma a sabiendas de que su numeración fue erradicada ilegalmente, recibe un objeto proveniente—procedente—de

un delito, por lo que debe homologarse el procesamiento de los imputados en orden al delito de encubrimiento de la supresión de la numeración.

CNCCor., sala VII, 25-9-2003, "L. P., N. I. y otro", c. 22.402, P.JN Intranet

Si el imputado se encuentra procesado por el delito de encubrimiento con relación a la maniobra de erradicación de la numeración del arma, no resulta posible ampliar su procesamiento por la recepción dolosa a sabiendas del origen ilícito de dicha arma, dado que el conocimiento del eventual hurto o robo anterior del que pudo haber sido objeto tal revolver no constituye un encubrimiento independiente del anterior, sino que, en todo caso, se trata de un único hecho que abarca el conocimiento del origen ilícito del arma por su anterior sustracción y por presentar su numeración registral erradicada.

Por tanto, al tratarse de un supuesto de concurso ideal respecto del cual no se pueden sobreseer calificaciones que pongan en crisis el principio de *non bis in idem*, corresponde revocar el sobreseimiento dictado en el auto recurrido y estar a los procesamiento oportuna-mente dispuestos.

CNCCor., sala IV, 12-11-2003, "M., E.", c. 22.540, P.JN Intranet

No puede haber encubrimiento del delito de supresión de números identificatorios (art. 289, inc. 3º del Cód. Pen.), toda vez que, si bien la eliminación de la numeración de un arma si constituye un accionar típico, para que se configure el ilícito analizado debe tratarse de cosas provenientes de un delito, y no que las cosas en sí sean objeto del delito.

Por ello, corresponde que la juez de grado disponga el sobreseimiento postulado por la fiscal en la oportunidad prevista en el artículo 347 del CPPN.

CNCCor., sala I, 19-8-2003, "C., D. O.", c. 21.313, P.JN Intranet

La incuestionada autonomía típica del encubrimiento no exige de cumplir con la exigencia de considerar la acreditación del delito encubierto. No es necesario sin embargo que el crimen que se encubre haya sido materia de juicio o condena, puede probarse en el proceso

contra el encubridor al solo efecto de este ilícito sin que lo que en él se decida haga cosa juzgada respecto del delito encubierto.

Apel. de Trelew, sala 1ª, 8-11-2000, "Procurador Fiscal Nº 3",
CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 15.8802

La doctrina del encubrimiento requiere como elemento positivo, no solamente la preexistencia material de un hecho delictivo, sino, además, el conocimiento de que el sujeto a quien se oculta es un delincuente —o procesado—, que el rastro que se borra corresponde a un delito, que el objeto que se esconde proviene de un delito, etcétera. En una palabra, se requiere el conocimiento del delito anterior. Ese conocimiento positivo y actual en el momento de prestar el auxilio no puede ser substituido por un debía saber, ni mucho menos por un sistema de presunciones derivadas de la mera tenencia de objetos provenientes del delito.

Apel. de Esquel, 22-8-2000, "M., H.", CD J. A. Informática
Jurídica Documento Nº 15.8530

2. Delito antecedente (conf. ley 23.468)

Los hechos por los que se condenó al imputado en una y otra causa —adulteración de un DNI ajeno por una parte y uso de DNI ajeno y sustracción y adulteración de una tarjeta de crédito por otra— son materialidades diferentes, perfectamente escindibles, y las sanciones por cada uno de ellos no resultan violatorias del principio *ne bis in idem*.

No es óbice a tal conclusión la circunstancia de que el imputado haya sido considerado encubridor por la recepción dolosa de ese documento robado y nadie es encubridor de su propio delito, porque el encubrimiento lo es con relación a la sustracción anterior por un tercero no individualizado; y su adulteración, en la que necesariamente cooperó el reo suminiestrando su fotografía, es un accionar distinto y posterior, que no lo tiene como "encubridor" sino como participante necesario (voto del Dr. Mitchell).

CNCas.Pen., sala III, 5-4-2000, "M., S.H.", c. 1991, reg. 151/00
(B1 2º trim./2000, ref.), J. P. B. A. 114-17/8

La configuración del artículo 277, inciso 3º del Código Penal presupone la existencia de un delito anterior distinto, del cual provendría el

dinero, cosa o efectos. En el caso que nos ocupa, permite tener por acreditado un delito anterior de falsificación de moneda, el cual habría sido encubierta por personas que se encontraban en el vehículo.

CFed.CCorr, sala I, 1-6-2000, "V., J. H. s/Procesamiento", c. 31.919, reg. 483, J. 8 - S. 16

En cuanto a la posibilidad de que el accionar del imputado pueda configurar el delito de encubrimiento, no ha podido acreditarse en los presentes que el arma utilizada provenga de un delito, ya que si bien la eliminación de la numeración del arma si constituye un accionar típico, lo cierto es que no puede sostenerse que su obtención se haya logrado mediante la comisión de un delito, requisito indispensable para configurar el encubrimiento.

CNCCorr, sala I, 19-9-99, "S., G. s/Sobresesimiento", c. 12.256, interlocutorio

1. En la medida que el arma de fuego secuestrada en poder del imputado evidencia una supresión dolosa de sus signos identificatorios, y una falsificación de los números de serie, dicha conducta debe ser subsumida en el delito de encubrimiento del artículo 277, inciso 3° del Código Penal.

2. Si no se puede comprobar que el arma secuestrada en poder del imputado provenga de la comisión de otro delito no se configura el encubrimiento del artículo 277, inciso 3° del Código Penal; en consecuencia, ante la falta de peritación para determinar si la numeración existente resulta adulterada corresponde dictar su sobresesimiento (del voto en disidencia del Dr. Donna).

CNCCorr, sala I, 7-3-2000, "M., V. H.", J. A. 2001-II-291 (CD J. A. Informática Jurídica Documentos Nº 1.49100 y 1.49101)

Para la configuración del delito de encubrimiento tuvo que "mediar delito, es decir un hecho penalmente típico, según las previsiones del Código Penal [...] No quedan comprendidas las faltas y los ilícitos de naturaleza no penal".

Capel. de Comodoro Rivadavia, sala II, 6-8-99, "Juzgado de Sarmiento", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 15.7695

La configuración del delito de encubrimiento real exige algo más que la mera tenencia del objeto proveniente de un delito. Estos requisitos hacen al tipo objetivo; mas también se necesita del tipo subjetivo, esto es, de la voluntad y conocimiento del sujeto activo de concretar la conducta prohibida en el tipo objetivo.

Capel, de Esquel, 18-10-99, "Periférico Bella Vista", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 15.7886

La existencia de un delito anterior resulta presupuesto imprescindible para la configuración del delito de encubrimiento, no siendo suficiente su sola inferencia.

CNCCorr., sala II, 5-3-91, "O., J.; L., A.", c. 13.522

Si bien la acreditación de la existencia del delito anterior es un elemento objetivo del delito de encubrimiento, no se requiere la individualización de la denuncia, acreditación de propiedad o condena de alguien por el ilícito proceder anterior, sino la presunción más que válida y razonable de que el objeto por su valor—pasacasas—no puede considerarse abandonado, por lo que quien lo vendió, sin papeles y en condiciones más que sospechosas, se tuvo, por lo menos, que haber apropiado indebidamente de él (art. 175, inc. 1º, Cód. Pen.).

CNCCorr., sala IV, 16-4-91, "F., J.", c. 38.954

El delito de tenencia de arma de guerra concurre en forma ideal con el delito de robo en cuyo contexto fue utilizada. El delito de encubrimiento por el inciso 3º del artículo 277 del Código Penal presupone la comisión de un hecho delictivo previo y el conocimiento de esa circunstancia por el imputado.

CNCCorr., sala VI, 29-4-99, "M., P.", L. L. 2000-B-634

Puede cuestionarse si se han reunido las exigencias del tipo objetivo del artículo 277, inciso 3º, del Código Penal, dado que no existe constancia de haberse denunciado los abusos sexuales encubiertos por el imputado; la preexistencia de un delito anterior es un elemento esencial para que se configure el encubrimiento. Indudablemente nos encontramos ante una situación poco habitual ya que el ilícito anterior no aparece denunciado, sino filmado. En efecto, las distintas escenas

La imputación a una persona determinada por su relación con un objeto sustraído puede referir a la sustracción propiamente dicha, o al encubrimiento de ese hecho, de manera alternativa, puesto que si es autor del robo no puede serlo del encubrimiento y viceversa. No corresponde expedirse en concreto cerrando definitivamente el proceso por una de ellas y proseguir con la otra porque implica desdoblamiento de la realidad al que remite el robo y el hecho de la realidad al que remite el encubrimiento serían "sucesos" distintos, corresponde precisar que allí donde se dice "suceso" debe entenderse referido directamente a la "conducta del imputado" por la cual se encuentra sometido a investigación. La afirmación de que el imputado según las pruebas obrantes en la causa podría ser autor de encubrimiento significa, por la alternatividad de las hipótesis referidas a la conducta desarrollada por él y las reglas lógicas en torno al principio de no contradicción, haber descartado como hipótesis que lo sea del robo. La conducta incriminada es una sola y de pronunciarse un auto desvinculando definitivamente, la misma regla implicaría desvincular al accionar del

3. Ausencia de participación en el delito anterior

TOCt. Nº 20, 12-4-99, "G, C."

requerido por el tipo penal en estudio. constituye elocuente probanza de que se ha satisfecho el fin de lucro Finalmente el precio abonado por la persona que adquirió los videos evasivas cuando se le inquiría sobre la procedencia de esos bienes. circunstancia resaltada por el testigo, en cuanto a que contestaba con describiendo el contenido del material filmico, sino también por la verificado en el *sub judice*, no sólo por las expresiones del imputado, positivo de la proveniencia delictiva de la cosa, extremo que se ha radado. En cuanto al aspecto subjetivo, la ley requiere el conocimiento Por ende el aspecto objetivo del tipo penal en el estudio se ha configurado de corrupción, previsto en el artículo 125 del ordenamiento de fondo. desarrollados en esas filmaciones configuran, sin hesitación, el delito ante una infante desnuda de alrededor de 10 años de edad. Los actos se comporta del mismo modo, pero exponiendo su miembro erecto años de edad, mientras ésta se baña, y en otra, a un hombre adulto que ellas, efectuando tocamientos en la vagina de una niña de unos 5 o 6 que se observan en los videos muestran a personas adultas; en una de

imputado como delito, cualquiera sea la calificación legal que se mencione. Como hipótesis mental de confrontación vale suponer el caso de quien sobresedido por el robo y continuado el proceso por encubrimiento, confiesa dicho robo por el cual mereció decisión definitiva, lo que provocaría la violación de la garantía que prohíbe la doble persecución penal por un mismo hecho. Advirtiéndose que la única hipótesis viable a esta altura de la investigación es que el imputado hubiera recibido el automotor, con conocimiento de su origen ilícito, corresponde remitir el legajo a la justicia federal.

CNCCorr., sala VII, 30-8-2002, "S., R. O.", c. 19.139, BCNCYC N° 3/2002, p. 332; PJN Intranet

No puede encubrirse un delito que uno mismo ha cometido o en el que ha tenido participación, presupuestos que impiden la configuración del delito previsto en el artículo 277 del Código Penal.

CFed.Corr., sala I, 13-11-97, "C., C.", c. 29.140, J. P. B. A. 104-20

Quien denuncia un hecho falso, para ocultar su delito, no comete falsa denuncia. Así como nadie puede cometer falso testimonio en causa propia, tampoco puede encubrir su infracción, conforme surge del texto del artículo 277 del Código Penal.

CNCCorr., sala II, 30-3-90, "B., N. A.", c. 37.136

4. *Alternatividad de la figura*

La relación de alternatividad existente entre sustracción y encubrimiento impide el sobresedimiento por una de las calificaciones posibles en la medida en que ello implicaría el desdoblamiento de la unidad fáctica, por lo cual debe declararse nulo el auto que dispuso aquel.

CNCCorr., sala IV, 15-8-96, "S., N.", c. 5152, PJN Intranet Se citó: CSJN, Fallos: 312:1624 y 1896 y sus citas

Las figuras de robo o hurto (en el caso de automotor) y encubrimiento, cuando recaen sobre un mismo objeto, tienen una relación de alternatividad y, por consiguiente, de exclusión; son calificaciones legales alternativas que corresponde asignar a un único suceso. Por lo tanto no

pueden dictarse resoluciones de signo contrario respecto de un mismo objeto procesal en base a los diferentes –y además alternativos– encuadres típicos asignables al mismo. Si en lo que concierne a un mismo y único hecho, al imputado, simultáneamente se lo sobresee y procesa, se viola el principio de *non bis in idem*.

CNCCorr., sala VI, 19-6-97, “G., R. D.” (González, Elbert, Escobar), c. 6761, PJN Intranet

Se citó: CNCCorr., sala VI, 28-9-95, “M., G.”, c. 3630

De acuerdo con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y atendiendo a cuestiones de economía procesal, resulta procedente que también conozca el mismo magistrado en la eventual comisión del delito de encubrimiento que pudiera haberse cometido a partir de la sustracción del automóvil.

CNCCorr., sala VI, 17-7-97, “L., M.”, c. 6963, PJN Intranet

La relación de alternatividad existente entre sustracción y encubrimiento impide el sobreesimiento por una de las posibles calificaciones legales, tal como se dispone en el auto recurrido, pues ello implicaría escindir el objeto procesal.

CNCCorr., sala IV, 11-12-97, “Q., R. G.”, c. 7841, PJN Intranet

Se citó: CSJN, Fallos: 312:1624 y 1896

El juez que interviene en la causa instruida por la sustracción de un vehículo deberá entender, además, en las actuaciones formadas con motivo de un eventual encubrimiento en razón de la alternatividad de las figuras de que se trata.

CNCCorr., sala VI, 16-7-97, “A., M. A.”, c. 9687, PJN Intranet

Entre el desapoderamiento y el delito de encubrimiento media el principio de alternatividad, ya que existe un único acontecimiento sin perjuicio de los encuadres legales que le correspondería atribuirle al causante, en función de las pruebas producidas. Si se considera agotada la investigación respecto del posible robo de un vehículo, la línea de investigación debe continuar sobre la base de los cuños legales de los artículos 277 o 278, Código Penal, sin que ello implique adoptar una solución concluyente respecto del primero de los reproches ya que

de lo contrario implicaría decidir la cuestión sobre encuadres legales y no respecto del hecho o acontecimiento materia de pesquisa.

CNCCor, sala IV, 10-10-2000, "R., J. de la C.", c. 14.401, BCNCCYC Nº 4/2000, p. 2; PJN Intranet

El robo y el encubrimiento no constituyen un hecho único sino dos hechos, no sólo por la separación temporal y espacial entre uno y otro sino porque conceptualmente, quien roba no puede encubrir y quien encubre no puede ser autor del robo; se trata de dos autores distintos y de dos hechos materialmente distinguibles para los cuales el legislador instituyó figuras delictivas independientes y excluyentes entre sí (arts. 164 y 277, Cód. Pen.), no es un hecho único divisible en distintas calificaciones. Al estar frente a hechos y autores diferentes, resulta imposible cualquier tipo de concurso de delitos y sólo puede decirse que existe entre ellos una relación de alternatividad—una persona pudo cometer uno o el otro, o bien ninguno pero nunca pudo cometer los dos hechos—.

CNCCor, sala IV, 6-12-2001, "R., M. y otro", c. 17.440, BCNCCYC Nº 4/2001, p. 290

Se citó: CNCCor, sala IV, 29-10-2001, "C., A.", c. 16.918

Las figuras de robo, hurto, estafa y encubrimiento, cuando recaen sobre un mismo objeto tienen una relación de alternatividad y, por consiguiente, de exclusión; son calificaciones legales alternativas que corresponden asignar a un único suceso, por lo tanto no pueden dictarse resoluciones de signo contrario respecto de un mismo objeto procesal en base a los diferentes encuadres típicos adjudicados, por cuanto podría violar el principio de *non bis in idem*.

CNCCor, sala VI, 28-10-99, "D., F.", c. 11.919

Se citó: CNCCor, sala VI, 28-9-95, "M., G.", c. 3630 y 19-6-97, "G., R. D.", c. 6761. En concordancia, 13-7-99, "V., E.", c. 11.312, PJN Intranet

IV. Favorecimiento personal

1. Tipo objetivo

a) Favorecimiento a través de ayuda

El reproche previsto en el artículo 277, inciso 1º, a), del Código Penal

apunta a dos conductas, haber prestado ayuda para eludir las investigaciones de la autoridad o para substraerse a la acción de ésta y requiere que aquella colaboración sea de índole material, sin quedar comprendidos en ella ni las omisiones ni los apoyos de carácter moral como los consejos. Si las escuchas telefónicas recabadas sólo aparecen circunscriptas al estado de ánimo que pesaba respecto del imputado, ninguna connotación incriminatoria le acarrea a la acusada el hecho de conocer al inculso o mantener una relación sentimental con él en la medida en que no lleve a cabo los elementos del tipo legal. Sin perjuicio que la imputada haya mentido en su descargo acerca del lugar donde se hallaba el inculso, no la compela la obligación de denunciar, por lo cual corresponde confirmar parcialmente el decisorio que decretó su sobreseimiento respecto del delito de encubrimiento.

CNCCor., sala IV, 17-3-2003, "L., R. y otros", c. 20.895

El delito de encubrimiento sólo admite la comisión dolosa, reclaman-do que su autor sea consciente de que la persona que va a ayudar haya intervenido en la ejecución de un delito como autor o cómplice —en el caso, se sobreesayó al acompañante del conductor de un rodado que tenía impedimento legal—, con lo cual el agente no solamente debe saber que está ayudando a alguien a evitar la acción judicial, sino que ese alguien está ligado a un delito. Es procedente sobreeser al acompañante del conductor de un rodado que fue interceptado por presentar pedido de secuestro —en razón de haber sido sustraído—, pues no parece razonable que cuando una persona sube al vehículo de un amigo le solicite la documentación del vehículo, ni aun dudar de la pertenencia en virtud de la relación de confianza existente entre ambos.

CNCCor., sala V, 12-10-2000, "J., H. y otro", L. L. 2001-B-497

La conducta desplegada por el imputado es típica y encuadra en las precisiones de la figura descripta por el artículo 277, inciso 1º del Código Penal si se considera que el imputado ayudó al coimputado, no sólo ocultándolo en un primer momento sino también llevándolo a un abogado para que consulte, le alcance el bolso con ropas colaborando a sustraerse a la acción de la justicia por el término que se mantuvo prófugo. Asimismo, conociendo del delito cometido, colaboraba para

que éste eluda desde un primer momento la tarea investigativa de la policía y del juzgado instructor.

CPen. de San Miguel de Tucumán, sala IV, 31-8-92, "H. D. y otro s/Violación"

La ocultación que supone una actividad positiva y cierto grado de oposición a los actos de la autoridad, de manera que éstos por la acción del encubrimiento, se tornen inútiles o se frustren temporalmente o definitivamente, configura el delito de favorecimiento personal.

Cacus. de Córdoba, Secr. Penal Nº 2, 31-10-74, "G., R. E. y otro", AI Nº 170

2. Tipo subjetivo

Para la configuración del encubrimiento el conocimiento de la finalidad del favorecimiento personal debe ser positivo y actual y no puede ser sustituido por un "debía saber" por cuanto resulta necesario probar que el autor haya tenido conocimiento expreso de que la persona a la que se le brinda ese favorecimiento es un requerido por la justicia. Si no surge de la causa que se haya tenido conocimiento que la inscripción falsa que insertara en su calidad de tal el funcionario de un hospital tenía la finalidad de que un tercero eludiese o se sustrajere a la investigación criminal, no se configuró el encubrimiento por favorecimiento personal.

CNCCorr., sala V, 25-4-94, "B., R."

V. Favorecimiento real

1. Tipo objetivo

Ocasiona la invalidez del auto de procesamiento la diferencia existente entre el objeto procesal materia de indagatoria—apoderamiento ilegítimo de una billetera conteniendo dinero, papeles y un reloj—y la calificación legal del accionar como constitutivo del delito de encubrimiento, artículo 277, inciso 2º, Código Penal, imputada en aquel.

CNCCorr., sala VI, 10-2-98, "A., J. de D.", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 12.246

La conducta de quien tiene en su poder un automóvil cuya placa de dominio corresponde a otro vehículo y con el motor regreado, cambiando de toda documentación del mismo, encuadra en principio en las hipótesis del artículo 277, incisos 2° y 3° del Código Penal.

CNCCorr., sala VII, 29-10-97, "M., G. y otros", J. A. 1999-IV-301 (CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.38817)

2. Tipo subjetivo

No se configura el delito de encubrimiento por favorecimiento real (art. 277, inc. 2°) si no se acredita que la acción desplegada está guiada por las finalidades taxativamente enunciadas en la norma, por lo cual es atípica la conducta de quienes fueron sorprendidos empujando un automóvil que sabían sustraído, con la manifiesta intención de recuperar una batería del hermano de uno de ellos, colocada allí por los ladrones del vehículo.

CNCCorr., sala III, 3-9-91, "V., D.", c. 29.252

VI. Recepción (conf. ley 25.246)

1. Tipo objetivo

Aun cuando las chapas patentes de los vehículos son expedidas por el Registro de la Propiedad Automotor, organismo dependiente del Ministerio de Justicia, esa sola circunstancia no lleva a considerar tales elementos como instrumentos públicos. No son documentos en el sentido jurídico penal las marcas, los signos, las contraseras. La adulteración de la chapa patente puede eventualmente encuadrar en la figura específica del artículo 289, inciso 3° del Código Penal, o bien en su caso en el delito de encubrimiento, artículo 277, en la medida en que las constancias lleven a sostener que los imputados pudieron haber recibido el auto en esas condiciones.

CNCCorr., sala IV, 12-3-2002, "S., R.", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 12.10045

Corresponde homologar el procesamiento dispuesto en contra de las imputadas por el delito de encubrimiento (art. 277, inc. 1°, ap. c, Cód. Pen.) si se ha podido determinar que recibieron cosas provenientes de

un delito y que en base al contexto general en que el hecho fue realizado no podían desconocer la procedencia espuria de tales efectos.

CNCor., sala I, 12-7-2002, "P., G. A. y otros", c. 18.899, P.N. Intranet

Quien adquiere moneda falsa y se limita a tenerla en su poder no debe ser condenado por el delito de puesta en circulación de moneda falsa sino como encubridor (art. 277, inc. c, del Cód. Pen.) al haber intervenido con ánimo de lucro en la adquisición de cosas provenientes de un delito.

CFed. de Resistencia, 13-2-2001, "B., O. C. y otros", L. L. Litoral 2001-1182

La acción de recepción de un automotor entregado por un desconocido, sin domicilio, sin documentación, sin verdadera identificación, sin recibos y a un precio vil con relación al valor del mercado, queda atrapada por la normativa del artículo 277, inciso 3º del Código Penal (texto ley 23.468). El artículo 277, inciso 3º (según ley 23.468) resulta más benigno que el texto actual.

TOCr. Nº 25, 9-3-2001, "G., C. O.", c. 817, J. P. B. A. 115-28

2. Tipo subjetivo

El artículo 277, inciso 3º del Código Penal disponía: "Será reprimido [...] el que, sin promesa anterior al delito [...] adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que 'sabía provenientes de un delito' o interviniera en su adquisición, recepción u ocultamiento, con fin de lucro..."; por su parte el artículo 277, inciso 1º, apartado c, del Código Penal actualmente vigente reza: "Será reprimido [...] el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado: adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito". La sentencia de la anterior instancia destacó que la nueva redacción suprimió la frase "sabía provenientes de un delito"; entonces, reflexionó, si la nueva norma no incluyó expresamente la frase antedicha—indicativa de que la conducta sólo se corresponde con el dolo directo—es porque no lo quiso incluir y en este aspecto cabe hacer mención de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a que la inconsecuencia o falta de previsión legal jamás se suponen en el legislador (*Fallos*: 1:300). Este

razonamiento coincide además con el dictamen de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación en el que se indicó que el artículo 277, inciso 1º, apartado c, del Código Penal se corresponde con el inciso 3º de la norma anterior –“receptación”– aclarándose asimismo que se quitaba la exigencia de “sabía provenientes de un delito” por considerar que bastaba con el dolo eventual, lo que exigirá, por lo menos, el conocimiento de la probabilidad sobre la base de datos serios. Por lo tanto, concluyó, la actividad ilícita reprochada a O. continúa tipificada en el actual artículo 277, inciso 1º, apartado c, del Código Penal aunque resulte de aplicación ultraactiva –por ser más benigna que la actual– la redacción del artículo 278 del Código Penal –según ley 23.468–. En la sentencia atacada se omitió analizar el aspecto subjetivo del comportamiento endilgado al imputado, presupuesto indispensable para decidir acerca de la tipicidad de su conducta. Lo expuesto priva a la resolución de la motivación requerida por el artículo 123 del CPPN y la descalifica como acto jurisdiccional válido.

CNCas.Pen., sala II, 12-6-2003, “O., C. O.”

El régimen actualmente vigente en materia de encubrimiento por receptación (ley 25.246) describe una figura dolosa que exige un saber que las cosas son provenientes de un delito, y que como tal, no puede reemplazarse por unas dudas, ni equipararse a quien recepta cosas que de acuerdo con las circunstancias debía sospechar que provenían de un delito. En cambio, en la derogada figura del artículo 278 del Código Penal (ley 23.468) se prescindía del conocimiento cierto de que se trataba de cosas producto de un delito, pues sospechar, en el sentido de esa norma, excluía la certeza. Bastaba con sospechar que se estaban adquiriendo cosas que provenían de un delito, siendo punible una adquisición a sabiendas de las oscuras circunstancias sobre el origen de la cosa, de acuerdo con las cuales debía –valga la repetición– abrigar tal sospecha y, sin embargo, se obraba nomás, sin importar el riesgo que se hacía correr a la justicia.

Trib.Cas.Pen. de Buenos Aires, sala III, 25-9-2001, Rec. de casación, c. 1816, J. P. B. A. 115-15

1. Las conductas imputadas y constitutivas del tipo descripto en el

artículo 278 del Código Penal según ley 23.468, no han dejado de ser típicas en la nueva regulación del encubrimiento traída por la ley 25.246.

Con la reforma introducida por la ley 25.246 el legislador ha querido que la misma conducta que durante la vigencia de la ley 23.468 se subsumía en el tipo básico del artículo 278 del Código Penal, ahora configure un tipo agravado, al haber estimado que cuando se entorpece la administración de justicia al adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito con el ánimo de lucrar, el autor merece una sanción mayor a la de aquel que también actúa de esa manera pero sin ese especial contenido subjetivo en su conducta, por consiguiente, ese aspecto de la misma que antes configuraba un elemento del tipo subjetivo básico ha pasado a ser un elemento de su modalidad agravada.

Tal como ha quedado redactada la norma, puede inferirse sin mayor esfuerzo que la voluntad del legislador fue la de ampliar la punibilidad, tanto porque ensanchó el espectro de acciones que pueden encuadrar en la figura básica dolosa del encubrimiento al ser éste menos exigente, como en virtud de que el ánimo de lucro no sólo agrava el denominado encubrimiento por recepción sino todas las modalidades contenidas en el artículo 277, inciso 1º del Código Penal.

Así, resultaría contradictorio con dicho propósito que es la finalidad de la ley, interpretar que porque la conducta no cabe en el tipo básico no encuadra en el agravado.

Desde otro punto de vista, también resulta inviable la idea de la derogación total de la figura descripta en el anterior artículo 278 fundada en que, al suprimir la nueva ley el "deber de sospechar" antes requerido se eliminó el único tipo contenido en esa disposición cual era el culposo, toda vez que, por el contrario, en el sistema de la ley 23.468 el tipo subjetivo del artículo 278 del Código Penal admitía tanto la culpa como el dolo eventual.

La ley 23.468 expresamente diferenciaba las distintas formas en que la tipicidad subjetiva del encubrimiento podía presentarse, desde que en el artículo 277 se empleó el término "sabía", exigiendo con ello un conocimiento en el autor respecto de la procedencia ilícita de los bienes sólo equiparable con el dolo directo, mientras que en el artículo 278 al estipularse simplemente un objetivo "deber de sospe-

cha" derivado de las circunstancias de la causa, únicamente podía incurrir en esa figura quien actuase con culpa o dolo eventual, en este último caso, si se comprobaba que el autor había sospechado, mediante una concreta representación, que los bienes posiblemente fuesen de origen delictivo, y se había conformado con ello.

A fin de subsanar las dificultades que esa redacción trajo en la doctrina y la jurisprudencia respecto de qué supuestos quedaban abarcados en el artículo 278, es que la nueva ley suprimió toda referencia al tipo subjetivo y, en consecuencia, reguló en una sola disposición el denominado encubrimiento por receptación, dejando librado a las reglas generales del dolo y la culpa lo relativo a aquel aspecto del tipo, a partir de las cuales, por un lado, se tornó, en el marco de esa normativa, inconcebible la forma culposa por no estar expresamente contemplada siendo que nuestro ordenamiento adoptó un sistema de *numerus clausus* para la regulación de los delitos culposos y, por otro, resultaron perfectamente aplicables las modalidades del dolo directo y eventual.

Esta última afirmación aparece corroborada con una claridad insuperable en los Antecedentes Parlamentarios de la ley 25.246, en tanto allí se afirmó que "El inciso 1º, subinciso c, se corresponde con el inciso 3º, de 'receptación'. Se quita la exigencia de 'Sabia...' (prove-niente de un delito), por considerarse que basta con el dolo eventual, lo cual exigirá al menos el conocimiento de la probabilidad, sobre la base de datos serios.

"Esto se sigue de la aplicación de reglas generales y se corresponde también con la supresión de la forma que anida en el vigente artículo 278, que tiene en ciernes el riesgo de la responsabilidad por imprudencia que iría, para el mero encubrimiento, demasiado lejos..."

Entonces, previendo la nueva regulación en el tipo agravado lo relativo al ánimo de lucro, y no existiendo ningún obstáculo legal para que la modalidad del dolo eventual admitida en el anterior régimen se aplique al presente, considero que la resolución recurrida, en cuanto afirma que no resultan equiparables las figuras del artículo 277, inciso 1º, apartado c, del Código Penal en su actual redacción y la del artículo 278 del Código Penal conforme ley 23.468 resulta desacertada.

Desde este punto de partida, preliminarmente corresponde señalar que por la manera en que fueron descriptos y calificados los hechos

en la requisitoria de citación a juicio, no se trata el caso de autos de un supuesto de culpa, por lo que deviene irrelevante la derogación parcial de la ley inaplicada y, por ende, cualquier alusión a la reciente reforma ocurrida con motivo de la ley 25.815 que parece volver a tipificar la forma culposa de encubrimiento.

El asunto se circunscribe, entonces, a definir en cual de las disposiciones que prima facie parecen aplicables debe fundarse la imputación —el artículo 278 de la anterior ley 23.468 o el artículo 277, incisos 1º, apartado c) y 2º, apartado b)—, y para ello basta con remitirnos al principio de la ley más benigna sentado en el artículo 2º del Código Penal, que establece que “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio—supuesto de autos—, se aplicará la ley más benigna”.

Así, teniendo en cuenta que la ley anterior preveía una escala penal de 3 meses a 2 años y la actual prevé para la misma conducta la posibilidad de poner una pena agravada de entre 1 a 6 años, considero que corresponde aplicar el artículo 278 de la ley 23.468 por resultar la más benigna (voto del Dr. Celsia al que adhirió el Dr. Horte).
2. Por aplicación del artículo 2º del Código Penal la conducta atribuida a los encausados dejó de ser típica a la luz de la ley Nº 25.246 que no consagra como punible el accionar de quien estando en un cuadro circunstancial que lo pone en el débito de sospechar el origen delictual de las cosas, las recepa (voto en disidencia del Dr. Mancini).

Trib. Cas. Pen. de Buenos Aires, sala II, 18-12-2003, “s/Recurso de casación”, c. 8530

Si el imputado fue aprehendido conduciendo un vehículo automotor que no le pertenecía y que momentos antes había sido sustraído, se puede sostener que sabía de una manera clara y precisa que el objeto provenía de un delito y no obstante decidió tenerlo. Este conocimiento y finalidad conforman el aspecto psicológico de la recepción.
Por ello, conformado el dolo directo requerido por el tipo subjetivo de la figura legal aplicada, corresponde confirmar el auto impugnado, en cuanto decreta el procesamiento del causante.

CNCCorr., sala VI, 9-10-2003, “P., D. B.”, c. 22.955, PJN Intranet

Encontrándose acreditado que el arma secuestrada había sido sustraída del interior del domicilio de la madre del propietario, en virtud de la carencia de autorización para portar armas de fuego y la circunstancia de que no estuviera registrada a su nombre, son pautas suficientes que demuestran la precaria forma en que el imputado fue hallado en poder del arma, lo que demuestra su recepción dolosa.

CNCCorr., sala I, 30-9-2003, "N., S. E.", c. 21.754, PJN Intranet

No procede la calificación de encubridor a quien ignoraba que el arma cuyo cómplice portaba al momento de la comisión del ilícito de robo tenía la numeración erradicada, pues si bien actuaba como partícipe del delito y estaba latente la disponibilidad del arma, el sujeto desconocía aspectos fundamentales de ésta.

CNCCorr., sala VII, 23-10-2001, "G., M. R.", c. 17.186, BCNCyC Nº 4/2001, p. 289, PJN Intranet

Queda reflejado el conocimiento del encartado, respecto al origen ilícito del automotor, dada la ausencia de chapa patente, la falta de correspondencia entre los datos del vehículo que figuran en el boleto de compraventa y en los documentos otorgados por el supuestot vendedor con los números de motor y chasis del rodado, aunado a que no surge de los instrumentos mencionados la calidad de propietario.

CNCCorr., sala V, 13-6-2001, "E., G. H.", c. 16.324

3. *Consumación y tentativa*

El delito de encubrimiento se consuma en el momento en que se toma posesión del vehículo de origen del ilícito, y no en el momento en que los imputados fueron apresados desplazándose en el automóvil. Por ello, queda excluida la flagranza y, en consecuencia, la aplicación del artículo 353 bis del CPPN, pretendida por el juez de primera instancia.

CNCCorr., sala IV, 27-3-2003, "K., D. y otro", c. 20.878

Si se desconoce el momento exacto en que la mercadería de origen espurio fue recepitada por los imputados, deberá reputarse como

fecha comisiva del ilícito aquella que corresponde a su incautación en poder de los encausados.

CNCCor., sala V, 19-11-2002, "B., C. J.", c. 20.222

4. Concurso

El delito de encubrimiento concursa realmente con el robo con armas y la portación de un arma de fuego de uso civil sin autorización legal, toda vez que la infracción al artículo 277, inciso 1º, "C" del Código Penal se consumó al recibir el incurso el arma sin estar legitimado para su uso, circunstancia que no podía desconocer ni ignorar su procedencia ilícita. Ello conforma el dolo directo requerido por el tipo subjetivo (del voto del Dr. Gerome al que adhirió los Dres. González Palazzo y González).

CNCCor., sala VI, 23-12-2003, "M., A. F.", c. 23.075, PJN Intranet

El hallazgo de un arma de fuego en zona contigua a la del despojo y a poco de éste, autoriza a dar por cierto, con el grado de certeza exigible, que se trata de la pistola utilizada por los incurso en el hecho, de la que se desprendieron en el curso de su fuga del lugar. Del examen global de las actuaciones y del análisis que cuadra efectuar a partir de la lógica, la experiencia y el curso natural de las cosas, es dable considerar que efectivamente detenían el arma y sus municiones en los términos del artículo 189 bis del Código Penal. La recepción de la pistola los convierte en encubridores, figura que concursa idealmente con la tenencia, que a su vez reconoce concurso material con el robo agravado por cuanto el arma utilizada en el desapoderamiento reconocido como tenedores en codeinuencia a los imputados desde antes de ingresar a la vivienda. La acción es diferente y por ende, si bien en parte se superpone con el robo, representa un accionar diverso e independiente en los términos del artículo 55, Código Penal. La recepción, léase encubrimiento, es concomitante con la ilegítima tenencia, por lo tanto, procede la hipótesis acuñada en el artículo 54 ibidem.

CNCCor., sala V, 23-12-2002, "B., H. A. y otro", c. 20.612, PJN Intranet

Si se condenó al imputado por la ilícita tenencia de arma de guerra, su nuevo procesamiento por su tenencia con ánimo de lucro y a sabiendas

de su origen ilícito, en exactamente idénticas circunstancias fácticas, supone una nueva persecución penal del mismo imputado por el hecho por el que resultó sentenciado oportunamente, lo que implica una violación al principio *ne bis in idem*.

Resultado materialmente imposible separar la ilícita tenencia del arma de guerra, de su tenencia con ánimo de lucro y a sabiendas de su origen ilícito, por lo que la escisión y distinción sólo puede ser realizada en el plano de las ideas pero no en la realidad.

CNCCor., sala VII, 14-7-2003, "S., J. M.", c. 21.858, PJN Intranet

Las figuras de tenencia ilegítima de arma de guerra y encubrimiento concursan en forma ideal, ya que existe un solo hecho sin solución de continuidad: recibe el arma y su inmediata tenencia, sin que las normas penales se excluyan entre sí —concurso aparente— ni que lo expuesto configure dos acontecimientos debidamente escindibles —concurso real—.

CNCCor., sala IV, 25-3-2002, "F., J.", c. 18.212, PJN Intranet

VII. Recepción (conf. ley 23.468)

1. Tipo objetivo

La actividad desplegada por el encartado se adecua a la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva contenida en la primera parte del inciso 3° del artículo 277 del Código Penal, cumpliendo con todos los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la ley para ser considerado autor penalmente responsable de dicho ilícito, esto es ocultar —sin promesa anterior al delito, pues no hay nada en la causa que indique lo contrario— cosas o efectos que sabía provenientes de un delito (voto del Dr. Riggi).

CNCas.Pen., sala II, 27-10-99, "P., N. R.", c. 2020, reg. 554.99.3, PJN Intranet

1. En la medida que el arma de fuego secuestrada en poder del imputado evidencia una supresión dolosa de sus signos identificatorios, y una falsificación de los números de serie, dicha conducta debe ser subsumida en el delito de encubrimiento del artículo 277, inciso 3° del Código Penal.

2. Si no se puede comprobar que el arma secuestrada en poder del imputado provenga de la comisión de otro delito no se configura el encubrimiento del artículo 277, inciso 3° del Código Penal; en consecuencia, ante la falta de peritación para determinar si la numeración existente resulta adulterada corresponde dictar su sobreseimiento (del voto en disidencia del Dr. Donna).

CNCor., sala I, 7-3-2000, "M., V. H.", J. A. 2001-II-291 (CD J. A. Informática Jurídica Documentos Nº 1.49100 y 1.49101)

Al haber sido el imputado detenido en poder de una motocicleta, sustraida a mano armada a su propietario con anterioridad, correspondiente de el dictado del auto de procesamiento por delito de encubrimiento -artículo 277, inciso 3° del Código Penal-; máxime que no acreditó el nombre y dirección del vendedor, ni menos aún acompañó recibo o documento alguno que acredite la supuesta entrega de dinero por la adquisición del bien.

CNCor., sala I, 12-11-99, "S., N.", J. A. 2000-IV-288 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.45853)

No puede considerarse a la tenencia de billetes falsificados como inicio de la acción de introducción de la moneda en el circuito cambiario constitutiva del delito de puesta en circulación de moneda con curso legal falsificada (art. 282 del Cód. Pen.) en grado de tentativa, puesto que tal comportamiento dista de convertirse en inequívoco de aquella finalidad. Así se ha dicho, la de poner en circulación se consuma con la realización del acto correspondiente, y su tentativa cuando la moneda no queda introducida en el tráfico pese a la acción del agente (por ej. aparato que rechaza la moneda), distando la mera tenencia de los billetes falsos, de constituir un principio de ejecución, siendo, a lo sumo, un acto preparatorio no punible autónomamente.

Corresponde, en el caso considerar la existencia del delito de encubrimiento previsto por el artículo 277, inciso 3°, Código Penal.

CFed.Corr., sala I, 6-11-98, "V., J. s/Procesamiento", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.185

La autonomía que existe entre el delito de contrabando y su encubrimiento admite la persecución de este último aun cuando no se hallen

individualizados los autores ni consten detalles de las circunstancias de tiempo y modo en que se consumó o tentó el primer delito. Incurre prima facie en el delito de recepción de mercadería de procedencia sospechosa, quien adquirió un rodado importado, que todo el mundo sabe es de carácter registrable—aunque no se revista la condición de letrado—sin que le fuera entregada ni exhibida, siquiera, una simple fotocopia de la documentación que mínimamente demostrara—o por lo menos sirviera para crear la duda—su ingreso en legal forma al país.

CFed. de General Roca, 12-2-98, “J., G. M.”, c. 211/97, T. P. B. A. 103-133

El decreto-ley 6582/58 sólo castiga la alteración de la numeración individualizante del rodado, estampado por orden del Registro Nacional del Automotor. Por ende, la conducta de modificar el número de carrocería y motor grabados por la empresa fabricante no es punible, sin perjuicio de que tal conducta encuadre, objetivamente, en la figura de encubrimiento (art. 277, inc. 3º, Cód. Pen.), habida cuenta de la procedencia ilícita que, sin duda, importa un automóvil con sus numeraciones identificatorias adulteradas.

CNCor, sala VII, 11-10-96, “A., O. C. y otros”, c. 5.446 (Int.), PJN Intranet

La recepción en un disco rígido de copias ilegítimas de programas de computación puede encuadrarse en el tipo legal del delito de encubrimiento.

CNCor, sala VII, 21-10-97, “H., M. y otro”, T. A. 1998-III-297 (CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.7275)

La mera tenencia momentánea del vehículo, por préstamo del tenedor, para el manejo en su compañía no configura el “recibir” la cosa que exigen los tipos de los artículos 277, inciso 3º y 278 del Código Penal, puesto que, para ello, es necesario que el autor tenga la cosa “para” sustraerla a la justicia; es decir, para evitar que la autoridad pueda localizarla o secuestrarla, lo cual requiere acciones que impliquen intentos de desbaratar o frustrar ese accionar de la autoridad, en tanto que, por otra parte, tampoco ese manejo del vehículo significa el “ánimo de lucro”, el cual está integrado, sea por una ventaja económica, sea por el valor de la cosa misma, sea por las prestaciones que otros realicen en beneficio del autor, o de un tercero, con motivo del acto de

receptación (ej. pagarle para ocultar la cosa). El fin de lucro no significa la posibilidad concreta de satisfacer una necesidad que la cosa pueda brindar, sino que la idea de ese fin lleva insito el sentido de sacar (obtener) ganancias o provecho de la cosa misma.

CNCor, sala I, 28-11-97, "P. S., L.", c. 45.577, J. P. B. A. 103-11

Si bien es cierto que la ley 20.771, que regía por la época que nos ocupa, no contiene una figura penal en la que pudiera encuadrarse un accionar del tipo de que se trata, no lo es menos que éste, al consistir en la recepción y ocultamiento de dinero proveniente de un delito —la comercialización de sustancias estupefacientes, prevista entonces en el artículo 2º, inciso c), de la ley 20.771— resulta absolutamente adecuado al delito de encubrimiento —a más de la posible concurrencia de la circunstancia agravante en el artículo 277, inciso 3º, *in fine*— (del voto del Dr. Vigilanti).

CFed.C, sala I, 10-11-95, "M., S. s/Extradición", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.2268

No habiéndose probado que el acusado tuviera el automóvil sustraído por otra circunstancia que no fuera el préstamo que alega, no puede atribuirsele responsabilidad en orden al delito de encubrimiento.

CNCor, sala VI, 30-9-87, "C., H.", c. 15.082

Las acciones punibles por el inciso 3º del artículo 277 del Código Penal son taxativas y, por lo tanto, no encuadran en el acciones como las de aceptar como regalo efectos sustraídos, o simplemente proporcionados por el autor de la sustracción, o usados momentáneamente por el agente, que es lo que ocurrió en el caso de autos, por cuyo motivo corresponde absolver al acusado por el delito de encubrimiento, por ausencia del aspecto objetivo, al no presentarse la acción típica de guardar.

CNCor, sala VI, 7-5-87, "M., H.", c. 14.306

No configura la conducta típica contenida en el artículo 277, inciso 3º del Código Penal, el haber consumido la mercadería sustraída, obtenida de manos del autor material, porque aquella no le fue entregada para ser guardada sino para el consumo.

Caus. de Córdoba, Secr. Nº 2, 29-10-76, "G. de M., M.", AI Nº 183

Cabe otorgar el beneficio de la duda a los poseedores de una computadora personal en cuyo disco rígido se encontraron archivadas copias ilegítimas de programas, si se justificó la tenencia alegándose que los programas estaban incluidos al adquirir el disco rígido. La recepción en un disco rígido de copias ilegítimas de programas de computación puede encuadrarse en el tipo legal del delito de encubrimiento.

CNCCorr., sala VII, 21-10-97, "H., M.", J. A. 1998-III-297

Encuadra en el delito de encubrimiento - artículo 277, inciso 3° del Código Penal - la incautación de billetes apócrifos en el interior del rodado en el que se desplazaba el imputado pues ello presupone la existencia de un delito anterior distinto, en el caso la falsificación de moneda. No cabe considerar principio de ejecución del delito de introducción de moneda falsa en el circuito cambiario - artículo 282 del Código Penal - la simple tenencia y transporte de billetes falsos como en el caso cuando la incautación de la moneda apócrifa se efectuó en el interior del vehículo en el que viajaba el imputado.

CFed.CC., sala I, 1-6-2000, "V., J.", L. L. 2000-F-451

2. Tipo subjetivo

Configura el delito de encubrimiento - artículo 277, inciso 3° del Código Penal - el accionar del imputado que recibió de manos del coimputado un arma conociendo que la misma era de procedencia dolosa, entregándose a un tercero en pago de un compromiso que tenía pendiente con anterioridad.

CCorr. de San Francisco, 10-7-97, "R., L.", L. L. C. 1998-773

La sospecha manifestada por el procesado acerca de la procedencia de los efectos y valores que guardaba en la habitación del hotel y que habían sido sustraídos a un tercero, es presunción con base en indicios que conlleva nítidamente el dolo requerido por la figura de encubrimiento (art. 277, inc. 3°, Cód. Pen.), superándose la mera duda.

CNCCorr., sala III, 8-9-97, "D., E.", c. 22.069

El encubrimiento descripto por el inciso 3° del artículo 277 del Código Penal solamente admite el dolo directo en razón de los elementos subjetivos que operan en el tipo, que está dominado por

ellos, debiendo el autor saber que lo que compra proviene de un delito, con certeza de su origen ilícito y con la finalidad de lograr una ventaja económica.

CNCCorr., sala VII, 16-6-92, "I, E. A. y P. M. L.", c. 17.307

El conocimiento del origen delictivo del objeto que ubica las cosas en las previsiones del artículo 277, inciso 3º del Código Penal, se extrae de la circunstancia que el procesado no ha podido justificar la tenencia del automóvil robado, al brindar una explicación no sólo infundada sino totalmente inaceptable en función de la persona que daba y su oficio. Aun en casos de dolo eventual, la conducta encuadra en lo descripto por la norma citada.

CNCCorr., sala III, 11-10-90, "A., H. A.", c. 27.551

Si está demostrada la tenencia de los vehículos con placas apócrifas por parte del procesado—lo que conduce a la presunción de su conocimiento sobre el origen ilícito de los mismos—, surge claro el dolo exigido por la figura penal prevista en el artículo 277, inciso 3º del Código Penal y el provecho o fin de lucro que se requiere, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o de la posesión estable de las cosas o simplemente en su uso.

CNcas.Pen., sala II, 5-10-95, "L., A. M. y otros", J. A. 1996-II-336 (CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.22147)

La figura de encubrimiento prevista en la norma del artículo 277, inciso 3º del Código Penal exige el fin de lucro. La interpretación auténtica no deja dudas de que los legisladores entendieron reproducir el texto de la ley 21.338, lo que abona la tesis de que el sentido de la actual sigue siendo exigir en todos los casos la existencia del fin de lucro, que era claro requisito en aquella (del voto del Dr. Massoni, al que adhirió el Dr. Ocampo).

CNCCorr., sala III, 26-11-89, "S., O.", c. 26.276

Disidencia parcial del Dr. Loumagne: ...El suceso de mención es constitutivo del delito de encubrimiento del artículo 277, inciso 3º del Código Penal, en su actual redacción pese a que no está fehacientemente demostrado que el proceder de S. fuera llevado a cabo con ánimo de lucro pues a mi juicio, éste no es requisito necesario en el presente caso. En efecto, el artículo 277, inciso 3º del Código Penal en su actual redacción conforme con

la ley 23.468 que se refiere a la receptación dolosa dice así: interviene en su adquisición, recepción u ocultamiento, con fin de lucro. La inserción de dicho fin en este lugar debe entenderse que es menester en los casos de intervención en la adquisición, recepción u ocultamiento, pero no en los casos contemplados en la primera parte de tal inciso tercero, es decir adquirir, recibir u ocultar cosas o efectos que el agente sabía provenientes de un delito. La redacción actual no es la más clara y adecuada pues colocar el fin de lucro luego de "interviniere" puede llevar a confusión y hacer pensar que tal requisito se extiende a las hipótesis de la primera parte del inciso en cuestión, siendo que al incluirse el verbo "adquirir" en la nueva redacción comprende tanto los casos de título oneroso como gratuito. La ley 21.338 ubicaba el fin de lucro en el correspondiente lugar: "El que con fin de lucro..." en el artículo 278 del Código Penal. Por lo expuesto estimo que a los fines de la configuración del encubrimiento no interesa si fue habido con ánimo de lucro...

La acción del procesado que adquirió un automóvil que había sido sustraído configura el delito de encubrimiento (art. 278, Cód. Pen.) y no el de receptación. Es que la figura del artículo 277, inciso 3º, Código Penal exige un dolo directo, el autor—como señala Núñez—debe obrar a sabiendas de que el objeto proviene de la comisión de un delito y movido por el valor económico que en sí mismo o por sus posibilidades de uso o de cambio representa el objeto para el receptor o para un tercero y en el caso de autos, la actitud del procesado aparece cercana al dolo eventual, o sea el sujeto duda de que la cosa fuera robada o de procedencia ilícita y sin embargo actúa.

CNCCorr., sala I, 7-7-89, "Y., J.", c. 35.153, elDial

Por existir una duda razonable referente a si el procesado sabía con certeza la eventual precedencia ilegítima del bien que había adquirido debe absolverse del delito de encubrimiento (art. 277, inc. 3º, Cód. Pen.), que resulta aplicable al caso por ser más benigna que la vigente al tiempo del hecho—ley 21.338—y exige como requisito subjetivo que el conocimiento de que el bien que se guarda, esconde, compra, vende o cambia, reviste origen espurio, sea cierto.

CNCCorr., sala IV, 1-7-86, "C. O., B.", c. 31.443

La conducta desplegada por el nombrado al ser detenido, como la circunstancia de que circulara con el automóvil sin documentación, refleja a las claras que el procesado tuvo conocimiento pleno e inequívoco del origen ilícito del rodado, con lo que queda acreditado su obrar doloso, que no se asienta en el llamado dolo eventual sino de manera exclusiva en el directo, debiendo quedar su conducta encuadrada en las previsiones del artículo 277, inciso 3° del Código Penal en su actual redacción.

CNCorrt, sala V, 25-4-85, "S., C. A.", c. 17.957

La receptación requiere el dolo directo que abarca la certeza acerca de la procedencia dolosa de la cosa adquirida. Se requiere positivamente el conocimiento del delito anterior, lo cual no puede ser sustituido por un debía saber, ni mucho menos por un sistema de presunciones derivadas de la mera tenencia de objetos provenientes de un delito. El delito en cuestión no requiere dolo eventual sino dolo directo traducido en el conocimiento positivo del origen delictuoso de los efectos, conocimiento éste que no impide cumplir voluntaria y conscientemente los actos que configuran el encubrimiento del inciso 3° del artículo 277 del Código Penal, pero si bien la ley exige dolo directo (certeza acerca del origen delictuoso y no mera presunción) nada impide inferir tal estado subjetivo de elementos probatorios de todo tipo, aun indiciarios o presunciones.

Cacus. de Córdoba, 15-10-73, "R., M. E.", AI Nº 189, Sec. 1

3. Consumación y tentativa

La receptación del arma se consuma con la realización del verbo típico descripto en la figura—consumación instantánea—, sus efectos se prolongan en el tiempo, en cuyo transcurso se incurre en otra conducta típica objetiva y subjetivamente diferente de la anterior. Tal conclusión deviene indubitable si se repara en que el elemento anímico que integra el tipo de la receptación—el fin del lucro—no requiere ser materializado para que la figura se considere consumada (voto del Dr. Madueño).

CNCas.Pen., sala II, 25-2-99, "C., S. N. s/Rcurso de casación"

El delito de encubrimiento por receptación en cualquiera de las dos

formas (arts. 277, inc. 3° y 278 del Cód. Pen.) se consuma con la compra de aquello que proviene de un delito, aunque la adquisición tenga que estar presidida por el ánimo de lucro, por lo que la posterior venta a un tercero implica otro hecho, pese a que con él se obtenga el lucro, ya que una cosa es el obrar con tal ánimo y otra es obtener el beneficio económico.

CNCCorr., sala VII, 16-6-2002, "I. E. A. y P. M. L.", c. 17.307

La compra de un cheque en blanco a un tercero configura el delito de encubrimiento como lo prevé el inciso 3°, artículo 277 del Código Penal que queda configurado en el mismo momento de la compra, por lo cual un ulterior delito que con él se cometa no puede sino concurrir materialmente con aquel encubrimiento real.

El ardid como determinante de la prestación que se reputa perjudicial desaparece cuando media entre las partes una confianza previa nacida al conjuero de relaciones comerciales anteriores, de la cual proviene el crédito otorgado. Resulta irrelevante, entonces la entrega de un cheque falso o carente de provisión de fondos, cuando las partes están vinculadas por una relación comercial previa y el crédito fue acordado por la persona del agente, y no, en vez, por el instrumento otorgado. Aun cuando el sujeto hubiese tenido el propósito de no abonar la compra, siendo el dolo la inteligencia y la voluntad de concretar el tipo objetivo, en las condiciones premencionadas, éstas no son posibles por no darse la captación de una voluntad viciada por el engaño, quedando, por ende, el delito restringido al de la falsificación de cheque particular, castigado como falsificación de instrumento privado (art. 292, Cód. Pen.).

CNCCorr., sala I, 16-3-90, "H. G.", c. 36.609

a) Al ceñirse la investigación sobre el origen de la motocicleta conducida por el procesado a su posible hurto, robo o defraudación, sin agotar la posibilidad de un contrabando, el delito de encubrimiento por el que se lo acusó carece del necesario vínculo con el delito anterior, es necesario que se individualice al autor o a la víctima de ese delito anterior, es forzoso, en cambio, que el delito encubierto haya sido acreditado en su existencia objetiva, lo cual puede hacerse inclusive dentro del mismo proceso contra el encubridor.

b) El hecho de que el acusado confesó tener conocimiento de que adquiriría una moto "trucha" permite encuadrar su situación en el tipo subjetivo del artículo 278 del Código Penal, que admite el dolo eventual.

c) El defecto de la prueba sobre el necesario delito anterior, que no puede presumirse en contra del acusado, nos pone frente a un hecho que, desde el punto de vista objetivo no sería un delito, en tanto que desde el punto de vista subjetivo el agente obró con el dolo requerido para concretar un tipo objetivo que creyó existente. Con otras palabras, nos coloca ante la hipótesis de delito imposible por falta de idoneidad en el objeto, el cual, por aplicación del beneficio de la duda, resultó como carente de origen espurio.

d) En la especie, si bien el acusado desentendió, hasta agotar todas las acciones tendientes a materializar el tipo objetivo del encubrimiento, no lo logró porque la cosa carecía del presupuesto delictuoso que transformaba en idónea. Intentó realizar un delito irrealizable y que, por tanto, no podía concretarse. Se da en autos un caso liminar entre idoneidad del objeto y mera imposibilidad de puro hecho —que no se estructuró por deficiencias probatorias— y que Núñez considera punible según el artículo 44, 4º párrafo del Código Penal.

e) Corresponde al juez desentrañar, en estas situaciones, a las que buena parte de la doctrina asigna delictuosidad no obstante la falta de tipicidad, si, en el caso concreto, la conducta enjuiciada pudo implicar algún riesgo para el bien jurídico. Queda, en autos, una gran duda de que tal peligro haya existido, puesto que la aplicación del principio *in dubio pro reo* con relación al contrabando, y las comprobaciones de que el vehículo no reconocía reclamamos por parte de los organismos de control social, no permiten descartar la hipótesis de que el supuesto delito anterior haya sido inexistente y simulado por el vendedor, para hacer creer al comprador que adquiría una cosa óptima, pero abarataada por su origen ilegal, supuesto en el cual debe descartarse la posibilidad de un encubrimiento.

CNCorrt., sala I, 6-9-90, "P. A.", c. 37.427, BCNCYC, Año 1990, Nº 5

4. Concurso

Los tipos penales de encubrimiento de robo de automotor (art. 277,

inc. 3º del Cód. Pen.) y uso de documento público falso (art. 296 del Cód. Pen.) concurren en forma ideal.

CFed.CCcorr., sala II, 4-11-98, "A., R. A. y otros", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.177

Constituye estafa mediante falsificación de instrumento privado reiterado en concurso real con encubrimiento la conducta de quien recibió una tarjeta de crédito a sabiendas de su ilícita procedencia y tras ello abonó sendas compras con la misma haciéndose pasar por su titular, previa exhibición de un documento de identidad apócrifo con su foto inserta.

CNCCorr., sala VI, 17-10-98, "S., L. N. y otros", J. A. 1999-II-287 (CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.3489)

Recibir un arma previamente sustraída y su inmediata tenencia constituye un solo hecho sin solución de continuidad, en el que los delitos de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización, artículo 189 bis, apartado 3º, Código Penal y encubrimiento concursan en forma ideal.

CNCCorr., sala IV, "L., N. P.", c. 10.041, P.JN Intranet

Se citó: CNCCorr., sala IV, 5-3-98, "R., G.", c. 8.290

Nota: Ver en igual sentido, CNCCorr., sala IV, "C. A., J.", c. 10.114. Asimismo cabe recordar que la CSJN en *Fallos*: 282:58 al resolver una cuestión de competencia entre la justicia federal y local, consideró que la tenencia ilegal de arma de guerra, artículo 189 bis, Código Penal, y el posterior apoderamiento de la misma concurren en forma real, artículo 55 del Código Penal, pues el apoderamiento supone la existencia de una nueva resolución delictiva adoptada con ocasión de la tenencia.

Debe ser condenado como autor de los delitos de tenencia ilegítima de arma de guerra en concurso ideal con encubrimiento, quien tenía a su disposición en el vehículo mencionado una pistola calibre 9 mm, con sus respectivos proyectiles, la que había sido hurtada con anterioridad.

TOCn. Nº 27, 23-2-2000, "R., J. J.", c. 486, J. P. B. A. 114-54

VIII. Favorecimiento personal a través de la omisión de denunciar

1. Tipo objetivo. Problemas de autoría

1. La redacción actual del inciso d, del artículo 277 del Código Penal,

modificado por la ley 25.246, exige para la configuración del delito de encubrimiento que el funcionario en cuestión sea de aquellos obligados a promover la persecución penal —en el caso, por el delito de exacciones ilegales— y no simplemente de los obligados a denunciar la comisión de un ilícito; por lo tanto se trata de un delito de sujeto activo especial cuyo ámbito de posibles autores se circunscribe a los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, a los de las fuerzas del orden en su tarea de prevención y, en su caso, a los jueces cuando lo prevén los códigos adjetivos locales.

2. Comete el delito de incumplimiento de funcionario público el agente que omite denunciar un ilícito del cual tomó conocimiento —en el caso, exacciones ilegales—, pues conforme al artículo 177, inciso 1º del Código Procesal Penal éstos tienen la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio que conocieran en ejercicio de sus funciones.

CNCas.Pen., sala III, 27-11-2001, “A., V. s/Rec. de casación”, L. L. Supl. de Jurisprudencia Penal del 28-11-2002, ps. 27 y ss.

El haber puesto los hechos en conocimiento de sus superiores no lo releva de proceder conforme lo exige la ley respecto de la obligación de denunciar en su carácter de funcionario público [...] la omisión de denunciar no queda obviada por la comunicación a la autoridad que no es competente para recibir denuncias, aunque esa autoridad esté, a su vez, obligada a denunciar. El delito se consuma cuando ha vencido el término para formular la denuncia o cuando, no estando fijado ese plazo, pueda determinarse el retardo como dolosamente injustificado, sin que se haya formulado la denuncia.

CFed.CCort., sala I, 28-8-2003, “F., C. y otros s/Sobresesimiento”, c. 35.502

No se advierte que la nueva redacción del artículo 277 del Código Penal haya tenido como fin limitar la obligación de denunciar a aquellos funcionarios públicos competentes para la persecución y represión de los delitos. El viejo artículo 277 decía: “...el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes: 1) Ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo”. A través de la ley 25.246 la nueva redacción del artículo en cuestión en su parte pertinente expresa: “...el que, tras la comisión de un delito ejecutado por

otro, en el que no hubiere participado [...] no denunciar la perpetración de un delito o no individualizarse al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole (art. cit., inc. d). Como primera cuestión se advierte que el término promover debe ser interpretado en un sentido amplio y de ningún modo puede ser equiparado al ejercicio mismo de la acción penal, facultad esta última reservada a determinadas personas. En ese sentido, ninguna duda cabe de que la denuncia es uno de los actos promotores del proceso penal, dando impulso así a la actividad que se encuentra a cargo de jueces y fiscales –y aun de la prevención–, quienes llevarán adelante la investigación que determinará la existencia o no de un hecho delictivo. En esta dirección, mal puede asignarse al término utilizado por la ley que se analiza el carácter que se pretende adjudicar, pues ello implicaría afirmar que la modificación dispuesta sólo ha venido a reforzar el contenido del artículo 274 del mismo Código Penal. En consecuencia, no hay una sustancial modificación en la legislación de fondo.

CFed.CCort., sala II, 4-4-2001, "P., J. D. s/Excep. falta de acción", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.5864

El concepto de promoción de la persecución penal que exige el tipo del artículo 277, inciso 1º, apartado d, sancionado por la ley 25.246 no puede encontrarse vinculado a la función encomendada al Ministerio Público Fiscal en cuanto promotor de la acción penal sino que debe ser entendido en un sentido amplio.

Ello así, en primer lugar, porque la figura omisiva que funciona como un mandato de impulsar la acción se encuentra prevista en el artículo 274 del Código Penal. Así entonces, no se puede entender que el legislador haya querido referirse, en el artículo relativo al delito de encubrimiento, a este tipo de omisión dolosa por parte de los representantes del Ministerio Público Fiscal.

En segundo lugar, la figura exige que la obligación esté dirigida a promover la persecución y no a perseguir un delito del que tuviera conocimiento, conductas cuyos componentes resultan normativamente diferentes. Este argumento parece de radical importancia a los fines de determinar el precepto imperativo en juego.

Apoya, por último, esta tesis, la circunstancia de que el artículo 277, inciso 1º, d, no prevé que se trate de funcionarios públicos.

Más bien, esa calidad recién cobra relevancia para aplicar la agravante del artículo 279, conforme lo preceptuado en esa misma ley.

Por consiguiente, dado que los posibles omisores del Ministerio Público Fiscal –en principio los únicos obligados a llevar a cabo la persecución penal, en sentido estricto o el impulso de la acción penal– necesariamente revestirán el carácter de funcionarios públicos, es necesario descartar una interpretación que cina la aplicación del tipo a la conducta que éstos pudiesen desplegar, toda vez que no es posible encontrar la hermenéutica acertada de un precepto legal sobre la base de una inconsecuencia manifiesta del legislador.

CFed.CCort., sala II, 19-10-2000, "R., C. A.", c. 16.810, BJCFCCyc oct./2000; J. P. B. A. 114-58

La exigencia de un deber de denunciar asignada en forma expresa surge del ordenamiento jurídico, en el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto señala como destinatarios del imputativo jurídico a los funcionarios públicos a denunciar –promover la actuación judicial en relación con– los delitos perseguibles de oficio conocidos en ejercicio de sus funciones.

CFed.CCort., sala II, 19-10-2000, "R., C. A. y otros s/Procesamiento", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.5927

El poner los hechos en conocimiento de quien reglamentariamente debe resolver cuando hacer la denuncia, es decir de la máxima jerarquía de un ente, no releva de proceder conforme lo exige la ley en punto a la obligación de denunciar en su carácter de funcionario público.

CFed.CCort., sala I, 30-11-2000, "S., E. s/Procesamiento", c. 32.232, reg. 1172

Los dichos del personal policial relacionados con las actividades delictivas que habrían desarrollado los imputados y vertidos a raíz de las manifestaciones señaladas por otro encausado, no vulneran las garantías amparadas por la Constitución Nacional. Pues no estamos frente a una declaración de las así llamadas "espontáneas" del imputado sino de los dichos del prevenido, el cual no hizo otra cosa que cumplir con su obligación de transmitir los hechos que conocía, a fin de poder ahondar con la pesquisa, siendo legítimo su accionar, ya que era su obligación, a riesgo de incurrir en encubrimiento, hacer saber al

instructor lo que había oído del imputado. No constituye ésta más que una declaración testimonial, no equiparable a la confesión o a la declaración espontánea a las que puede darse valor confesorio, supuestos que si están amparados tanto constitucional como procesalmente.

CNCCorr., sala IV, 7-5-98, "G., E. y otros", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 12.155

La forma negativa de la omisión de denuncia (Cód. Pen., art. 277, inc. 1º, última parte) requiere que el autor esté legalmente obligado a observar la conducta que no realiza. La obligación de denunciar el delito que, en caso contrario, se encubre, debe provenir de la misma ley, para que la omisión pertinente devenga penalmente repudiable. Las normas internas que reglan el funcionamiento y gobierno de una asociación civil no tienen el carácter de leyes ni reglamentos, por lo que no pueden fundar, según lo expuesto precedentemente, una obligación de denunciar cuyo incumplimiento sea penalmente perseguible. Es atípica a tenor del delito de encubrimiento la omisión del presidente de la Asociación de Fútbol Argentino de denunciar un supuesto de "doping".

CFed.Corr., 30-6-97, "M., D. y G.", c. 6776/96, J. P. B. A. 100-37

La obligación de denunciar los atentados personales—conocidos en el ejercicio de su profesión—que pesa sobre los facultativos del arte de curar tiene un contenido residual respecto del tipo de injusto acunado por el artículo 156 del Código Penal: se habrá violado la obligación procesal y cometido el delito de encubrimiento en tanto no tenga el médico la obligación de guardar secreto—confiado o advertido en la atención de su paciente—cuya divulgación pueda ocasionar un daño (con nota de Oscar E. Romera).

CPen. de Rosario, sala II, 26-12-95, "I., M.", J. A. 1996-II-571 (CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.22146)

1. Configura el delito de encubrimiento por omisión de denuncia (art. 277, inc. 1º, *in fine* del Cód. Pen.) la acción del policía, que encontrándose de franco, toma conocimiento de un hecho ilícito al haberle facilitado un compañero un vehículo proveniente de una sustracción, no cumpliendo con su obligación de denunciar impresa por el artículo 164 del CPMF.

2. Los términos del artículo 164 del CPMF "en ejercicio de sus

funciones" no deben ser interpretados restrictivamente, excluyéndose de la obligación de denunciar a los funcionarios públicos durante los periodos de licencia o francos de servicio, ya que tal obligación es inherente al cargo público, resultando inseparable por su naturaleza.

CNCCor., sala VI, 7-5-91, "B., C. A.", c. 21.046

Incurre en los delitos previstos por los artículos 277 y 274 del Código Penal, en concurso real, el procesado, suboficial de la Policía Federal, que convencido de que el automotor había resultado objeto de un delito, lo ocultó, removiéndolo hacia un sitio distante del que se hallaba en las inmediaciones del lugar de su aparcamiento; omitiendo, a su vez, el deber funcional que le imponía su estado policial de haber adoptado una conducta positiva enderezada a esclarecer el hecho e individualizar y aprehender a su autor.

CNCCor., sala VII, 12-7-90, "G., A.", c. 13.400

2. Tipo subjetivo

El dolo del delito de encubrimiento en su modalidad de omitir denuncia (art. 277, inc. 1º, Cód. Pen.) se cumple con la decisión del autor de mantener oculto lo que debió ser objeto de investigación judicial, impidiéndose así el esclarecimiento del hecho que en su condición de funcionario policial tuvo noticia y así debió comunicar a la autoridad.

F-167

CNCS.Pen., sala IV, 26-4-2001, "D., G. y otros", L. L. 2001-

El delito de omisión de denuncia, conocido como la expresión negativa de la figura del favorecimiento personal, se consuma cuando ha vencido el plazo legal o reglamentariamente fijado para efectuar la denuncia de la comisión de un delito, o cuando, no estando fijado el plazo, pueda determinarse que el retardo ha sido dolosamente injustificado. Mal puede pretenderse un obrar doloso del imputado cuando sólo se cuenta en la causa con la versión periodística como elemento fehaciente de que estaba notificado.

CFed.CCor., sala I, 13-5-99, "A., J. E. s/Sobresesimiento", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.85

El encubrimiento real no se identifica con el "haberse apoderado" de de promesas formuladas antes de su ejecución.

que no ha participado en el delito anterior y no actúa en cumplimiento El encubrimiento es un delito per se. El que lo comete es una persona juezes basar su pronunciamiento—.

de dos robos, cometidos mediante el uso de armas, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar transcritas—sobre el que debían los de descripto en la sentencia—que consista en la coautoría del imputado a resultas del juicio, no encuentran apoyatura fáctica en el hecho producto del delito—circunstancias que el tribunal tuvo por probadas subjetivo del delito, como fue en el caso la finalidad de asegurar el en el artículo mencionado, es decir la de procurar, así como el aspecto sido perpetrados; si dicha acción típica contenida en la figura descripta de tratar de conseguir asegurar el producto de los dos robos que habían además de la recepción de esos elementos provenientes de ilícitos, la cias también sustanciales no contenidas en aquella, como fueron, perpetrados, ya que se le endilgaba la autoría, agregándole circunstancias esenciales al partir de la ajenidad del acusado respecto de los dos robos idem, y de tal modo alteró dicha plataforma fáctica en sus elementos Pen.) como encubrimiento en los términos del artículo 277, inciso 2º, miento de elevación a juicio a tenor de los arts. 167, inc. 2º y 55, Cód. que calificó el hecho objeto del proceso (enuadrado en el requeri- Es nula, por transgresión del principio de congruencia, la sentencia

1. Tipo objetivo

IX. La ayuda a asegurar el producto

En el mismo sentido: Capel. de Trelew, sala 1ª, 8-11-2000, "Procurador Fiscal Nº 3", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 15.8804

CFed.CCorr, sala II, 5-6-97, "G., J. H.", c. 13.234, J. P. B. A. 101-32

Debe tenerse presente que la infracción al artículo 277, inciso 1º del Código Penal se consuma cuando ha vencido el término legal o reglamentario para formular la denuncia o cuando, no prescribiéndose un plazo, pueda afirmarse la existencia de un retardo injustificado sin que aquella se haya formulado.

3. Consumación

la cosa. No es una forma de participación de un apoderamiento ilegítimo sino un ilícito autónomo que se comete mediando—como presupuesto— un delito ya consumado: el previo desapoderamiento cometido por otra persona.

CNCas.Pen., sala IV, 5-12-97, “S., J. M.”, c. 714, reg. 1051, J. P. B. A. 103-66/7

X. Agravantes

1. *Ánimo de lucro*

En el delito de encubrimiento, el ánimo de lucro previsto en el inciso 2º, apartado b) del artículo 277 del Código Penal se traduce en la obtención de cualquier beneficio de índole material, apreciable económicamente, con independencia de que se trate de la adquisición o del simple uso de la cosa, pues deriva de ello algún beneficio económico.

CNCContr., sala VI, 27-2-2003, “M., N. G.”, c. 20.985

El término “lucro” mencionado en el apartado b, inciso 2º, artículo 277, Código Penal, implica sacar ganancia o provecho de una cosa. Persigue el fin de lucro el que obra movido por el valor económico que en sí mismo o por sus posibilidades de uso o de cambio representa el objeto para el receptor o para un tercero.

CNCContr., sala V, 12-9-2002, “B., M. A.”, c. 19.533, P.J.N. Intranet

El delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro se traduce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o la simple posesión del bien, si redunda en el beneficio económico que deriva de su uso.

CNCContr., sala VI, 19-3-2002, “M. S., C.”, L. L. 2002-C-783; D. J. 2002-2-576

El fin de lucro descripto en el tipo penal del artículo 277, inciso 1º, apartado c, en función del inciso 2º, apartado b, se prueba con el uso del rodado, ya que resulta manifiesto y acreditado que consiste en la

obtención de la venta derivada del empleo de la cosa misma, por su valor intrínseco.

CNCCorr., sala I, 21-3-2002, "G., C.", c. 17.799, BCNCyC Nº 1/2002, p. 10
Ver en igual sentido: CNCCorr., sala VI, 19-3-2002, "M. S., C. R.", c. 18.520

El ánimo de lucro se traduce en la obtención de cualquier beneficio apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición, o en el simple uso de la cosa, si redunde en un beneficio económico que se deriva de su empleo.

CNCCorr., sala VII, 4-7-2002, "P., C.", c. 18.701

La vinculación de los imputados con el delito de robo que se investiga y con motivo del cual se incautara el arma, autoriza a sostener que conocían su origen espurio, como también que la posesión tenía fin de lucro, puesto que estaría destinada al uso ilegítimo propio de la perpetración delictual a que se los vincula, lo que importa sin duda un aprovechamiento lucrativo.

CNCCorr., sala VII, 3-9-2002, "M., M. G. y otra", c. 19.309, BCNCyC Nº 3/2002, p. 246; PJN Intranet

No resulta necesario que se identifique a los autores de la sustracción de la mercadería ni de qué medios se valieran para hacerlo, ante la tenencia de mercadería que debía ser exportada a otro país para ser comercializada únicamente allí. Los imputados conocían o debían conocer el origen de los productos y su valor de mercado, sin que pueda aducirse, como lo hicieran, que no estaban interiorizados de tales cuestiones. Si ninguno aportó facturas que realmente justificaran la tenencia de la mercadería que tenían a la venta en las góndolas de los comercios aliados, palmariamente se demuestra su directa intervención con ánimo de lucro en los hechos analizados. Negocios de la envergadura de los afectados a esta instrucción no pueden manejarse con la improvisación en que se escudan sus responsables, que no podían desconocer que esos productos eran para la exportación, su precio, su origen y la ausencia de facturas o comprobantes idóneos que permitieran al menos mínimamente pensar en su buena fe.

CNCCorr., sala VII, 8-8-2002, "W., K. M. y otros", c. 18.417, PJN Intranet

El delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro se traduce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o la simple posesión del bien, si redundando en un beneficio económico que deriva de su uso.

CNCCor., sala VI, 19-3-2002, "M. S., C.", c. 18.520, L. L. 2002-C-783

Debe continuar interviniendo el juzgado de instrucción en el delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, que se traduce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable siendo indiferente que consista en la adquisición o en el simple uso de la cosa si redundando en un beneficio económico que se deriva de su empleo, al encontrarse al imputado en poder del ciclomotor, careciendo de la documentación correspondiente, haciendo uso y dando transporte gratis a un amigo.

CNCCor., sala VII, "M., J. y otro", c. 16.695, BCNCYC Nº 3/2001, p. 219; PJN Intranet

Se citó: CNCCor., sala VII, 30-5-2001, "L. M., E.", c. 16.097

El vocablo "lucro" mencionado en el inciso b, apartado 2º del artículo 277 del Código Penal debe entenderse—en el caso, para dirimir una contienda de competencia— como sacar ganancia o provecho de una cosa, persiguiendo tal fin el que obra movido por el valor económico que en sí mismo o por sus posibilidades de uso o de cambio representa el objeto para el receptor o para un tercero.

CNCCor., sala V, 29-11-2001, "A., J.", D. J. 2002-2-278

La figura de encubrimiento prevista por el artículo 277, inciso 1º, c, con el agravante del inciso 2º, b, del Código Penal, se encuentra en principio satisfecha, puesto que el ánimo de lucro requerido se denota con el uso del vehículo de origen ilícito por parte del sujeto que lo conducía.

CNCCor., sala IV, 26-10-2000, "D., L. S.", c. 14.866, J. P. B. A. 115-22

Es autor de encubrimiento quien tenía en su poder y utilizó un automotor con placas apócrifas—lo que conduce a la presunción de su conocimiento acerca del origen ilícito del mismo—. El provecho o fin de lucro que requiere la norma del artículo 277, inciso 3º del Código

Penal tiene en miras la obtención de la ventaja derivada del empleo de la cosa misma, por su valor intrínseco, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o de la posesión estable del bien, o simplemente en su uso.

CNCas.Pen., sala II, 27-2-97, "M. C., A. H.", c. 899, J. P. B. A. 100-10

Bien identificado con el fin de lucro el uso de la campera que vestía el imputado, pues ha de entenderse por tal efectivamente cualquier provecho de naturaleza económica, no resulta posible amparar su conducta en la excusa absolutoria contemplada por el artículo 277, apartado 3º, Código Penal.

CNCCorr., sala VII, "F., R. A. y otros", c. 19.660, BCNCYC Nº 3/2002, p. 300; PJN Intranet

Resulta correcta la atribución del delito de encubrimiento si puede considerarse que los imputados aprovecharon la ilícita erradicación de la numeración del arma de guerra incautada.

CNCCorr., sala VII, 9-11-99, "S., M. A.", c. 12.289, J. P. B. A. 110-112/113

El ánimo de lucro tampoco se ha dado, teniendo en cuenta que aquel consiste en el propósito del agente de obtener ganancia o provecho material, que puede traducirse en dinero o su equivalente en cualquier clase de valores o beneficios. No se requiere que se obtenga el provecho, siendo suficiente con la finalidad perseguida.

CNCCorr., sala I, 19-10-99, "S., G."

El fin de lucro que exige el artículo 277, inciso 3º del Código Penal no se circunscribe meramente al aspecto económico, sino que abarca o comprende cualquier tipo de aprovechamiento, beneficio o utilización de la cosa proveniente de un delito anterior.

CNCCorr., sala V, 23-6-97, "D., E.", c. 34.168, J. P. B. A. 101-15

El fin de lucro no significa la posibilidad concreta de satisfacer una necesidad que la cosa pueda brindar, sino que la idea de ese fin lleva insito el sentido de sacar (obtener) ganancias o provecho de la cosa misma.

CNCCorr., sala I, 28-11-97, "P. S., L.", c. 45.577, J. P. B. A. 103-11

La tenencia y uso con fines de lucro de formularios de cheques a nombre de terceros implica un conocimiento de sus orígenes delictivos y, por ende, la comisión del delito de encubrimiento.

CNCCor, sala I, 7-5-97, "B., A. A.", CD J. A. 1998-I-87 (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.9889)

El tipo penal de encubrimiento por recepción dolosa - artículo 277, inciso 3º del Código Penal - está totalmente dominado por el aspecto subjetivo, es decir que el agente debe haber realizado la conducta con fin de lucro, con ánimo de obtener una ventaja económica, por lo que no se configura si dicho elemento no se encuentra probado.

CNCCor, sala III, 3-9-91, "V., D.", c. 29.252

El ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo del delito de encubrimiento se traduce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición, o en el simple uso de la cosa, en tanto que de ello resulte el beneficio señalado.

CNCCor, sala I, 3-12-90, "S., S.", c. 37.937

Como lo destaca Carlos Creus en su *Derecho Penal. Parte especial*, t. 2, p. 360, basta para dar por configurado el delito "...con que hubiera debido dudar y no lo ha hecho, aunque, por supuesto, si ha llegado a la duda el caso queda igualmente comprendido en el tipo, puesto que no cabe, como vimos, en la recepción dolosa del artículo 277, inciso 3º" (art. 263, regla 4ª, letra b, del CPP). Considero que el favorecimiento real es un accionar encaminado a la preservación de los objetos ilícitos en beneficio del autor o partícipe procurando favorecerlo ante la actual o eventual actividad de la autoridad (ob. cit., p. 356), a diferencia de la figura de la recepción, en que aparece el fin de lucro, o sea, la obtención de una ventaja económica por el agente, en el caso, la recuperación por las incorporaciones de las piezas de origen ilícito, de una unidad parcialmente destruida por un siniestro anterior, cuya producción había cesado desde el año 1982, según los informes de fs. 210/211 (art. 263, regla 4ª, letra f, del CPP).

CCor. de Junín, 18-4-95, "H., A. A. s/Encubrimiento", CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 14.27726

Si esta demostrada la tenencia de los vehículos con placas apócrifas

por parte del procesado—lo que conduce a la presunción de su conocimiento sobre el origen ilícito de los mismos—, surge claro el dolo exigido por la figura penal prevista en el artículo 277, inciso 3° del Código Penal y el provecho o fin de lucro que se requiere, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o de la posesión estable de las cosas o simplemente en su uso.

CNCas.Pen., sala II, 5-10-95, "L., A.", J. A. 1996-II-336

De acuerdo a la redacción actual del artículo 277, inciso 3° del Código Penal (ley 23.468) el elemento volitivo "fin de lucro" se requiere para los supuestos de intervención en la adquisición, recepción u ocultamiento, mas no en los primeros de adquirir, recibir u ocultar cosas o efectos que el agente sabía provenientes de un delito.

CNCCorr., sala II, 2-5-90, "G., O.", c. 37.435

La conducta atribuida a uno de los procesados resulta atípica en orden a la norma del artículo 277, inciso 3° del Código Penal, dado que la entrega de dinero se concretó a título gratuito, por cuyo motivo, no corresponde analizar si el enjuiciado tuvo conciencia del origen ilícito del bien recibido.

CNCCorr., sala VII, 30-4-87, "G., R.", c. 7781

2. *Habitualidad*

En cuanto a la habitualidad establecida en el apartado c) de dicho tipo penal, se pone de manifiesto a través de la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre y requiere, no sólo la repetición de actos, sino también una cierta permanencia en la actividad específica, revelada por la continuación en ella como costumbre, como un obrar habitual, aunque no sea un modo de vida. Al acreditarse tales extremos en la gran cantidad de autos secuestrados (doce) y en la investigación que por hechos de similares características se ventila ante un tribunal oral en lo criminal, corresponde confirmar el procesamiento dictado en orden al delito de encubrimiento agravado (reiterado en 12 oportunidades) los que concurren materialmente entre sí (arts. 55 y 277, inc. 2°, aps. b, y c, del Cód. Pen.).

CNCCorr., sala VI, 27-2-2003, "M., N. G.", c. 20.985

No corresponde incriminar al autor penalmente responsable del delito de encubrimiento agravado por la habitualidad dentro de la asociación ilícita en que incurrieran los autores del robo de la mercadería por aquel receptada pues, para constatar la existencia de tal ilícito, tanto la jurisprudencia como la doctrina en general demandan la comprobación del acuerdo de voluntades imperante al respecto entre quienes se asociaran para ello sin dejar duda o vacilación sobre el propósito que los anidara.

CNCCorr., sala VII, 5-11-97, "E., J. R. y otros", c. 21.736 (Def.), P.JN Intranet

El agravamiento de la pena de encubrimiento por habitualidad no exige la profesionalidad, puesto que ésta excede los recaudos del tipo penal y desvirtúa el sentido de éste, que sólo requiere el hábito de la actividad.

CNCCorr., sala VI, 31-7-91, "M., J.", c. 21.573

Disidencia del Dr. Elbert: La habitualidad no es una mera reiteración de hechos, sino que debe conformar una actividad autónoma, comercial, que exceda la mera intermediación.

XI. Exención de pena

Bien identificado con el fin de lucro el uso de la campera que vestía el imputado, pues ha de entenderse por tal efectivamente cualquier provecho de naturaleza económica, no resulta posible amparar su conducta en la excusa absoluta contemplada por el artículo 277, apartado 3º, Código Penal.

CNCCorr., sala VII, 24-9-2002, "F., R. A. y otros", c. 19.660

LAVADO DE ACTIVOS

I. Tipo objetivo

1. Operaciones "back to back"

Las operaciones de dinero realizadas mediante el procedimiento conocido como *back to back*, merced al cual un banco autorizado para operar en el país recepta un depósito a plazo fijo, como garantía de préstamos otorgados por él, o por otra entidad en el extranjero, a ese

depositante o a otra persona, puede dar lugar a la realización de maniobras tendientes al blanqueo de capitales o de dinero no declarado impositivamente. Estas maniobras, realizadas entre entidades financieras de distintas jurisdicciones, pueden ser significativas, además, para formular la hipótesis de asociación ilícita.

CFed.CCort., sala II, 15-7-2002, "R., C. A. y otros s/Procesamiento", c. 18748, PJN Intranet

2. Presupuestos

...todo análisis de la posible punibilidad de una conducta requiere demostrar que se hallan reunidos diversos presupuestos cuya determinación conceptual es sumamente rigurosa. Y que este proceso de análisis se encuentra sistematizado en la dogmática penal por la "teoría del delito". De ahí que se incurra en un grave error metodológico si se invierte el examen de las categorías dogmáticas y se pretende probar una con las referencias que pudieren significar la existencia de alguna otra. "La teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles. Cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación. Gráficamente podría decirse que se trata de una serie de filtros cuyos orificios son más estrechos en cada nivel". Precisamente, el primero de ellos que es necesario superar para poder decirse que el examen de rigor cumple con el principio de legalidad es el que recibe el nombre de "tipicidad" y que consiste en que la conducta se adecue a un tipo penal, cuya definición pasa necesariamente por el conjunto de circunstancias o elementos que definen a la conducta como prohibida y por lo tanto, todo delito contiene la ineludible parte objetiva delimitada por lo que debe ocurrir en el ámbito exterior al autor del hecho.

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 12-12-2002, "G. S., H. N. y otros s/Inf. art. 25, ley 23.737", PJN Intranet

3. Objeto material. Encubrimiento

Pues bien, como el objeto material del delito es la cosa sobre la que recae la acción típica y hace a la estructura del tipo, y la ley lo ha restringido a las "ganancias, cosas o bienes provenientes" de "hechos

previstos" en ella (art. 25), las acciones de "lavado" deben recaer sobre ese objeto material, o son ajenas al tipo legal. De ahí que se haya afirmado respecto de la descripción semejante referida al "dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito", vertida en el artículo 278, inciso 1.º, del Código Penal, que "Es exigencia del objeto material de la figura de blanqueo de capitales que los bienes provengan o hayan sido obtenidos como consecuencia de la comisión de un delito por parte de otra u otras personas. El vínculo entre el bien que se pretende legitimar y el delito previo es esencial para la configuración del lavado". El propio "Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves" (OEA) también propone incriminar a "la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves" (art. 2º, inc. 1º). Lo cual se encuentra en línea con lo que ya se había establecido en la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 (ley 24.072, B. O. del 14-4-92), sobre la obligación de los Estados partes de tipificar como delitos penales una serie de conductas relativas al tráfico de drogas (art. 3º, ap. 1.a), para luego pasar a describir con pormenor el encubrimiento de la verdadera naturaleza de los bienes "que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados en el referido inciso a" (art. 3º, ap. 1.b).

Artículo 25 de la ley 23.737. En nuestro caso, el análisis taxativo del artículo 25 de la ley 23.737 nos conduce a la misma conclusión. En efecto, desde su primer párrafo la norma en cuestión guarda coherencia con los principios generales que regulan el delito de encubrimiento, puesto que describe la autoría de quien interviene en el lavado de activos provenientes del narcotráfico, "sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley"; en perfecta sintonía con el simétrico encubrimiento agravado, de quien "aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado" (art. 278, Cód. Pen.). Tan así es, que en la misma ley de reforma del Código de fondo se le encomienda a la Unidad de Información Financiera (art. 6º) las prevenciones administrativas tendientes a "...impedir el lavado de activos provenientes de: a) delitos relacionados con el tráfico y comercialización de estupefacientes (Ley 23.737)". No será ocioso

recordar que "sólo es posible hablar de encubrimiento [...] con referencia a un hecho anterior"; el que "debe tratarse de un hecho delictivo, es decir, típico"; y que "la exigencia de que exista un delito anterior al encubrimiento, se satisface con que el hecho se adecue a un tipo delictivo..."

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 12-12-2002, "G. S. H. N. y otros s/Inf. art. 25, ley 23.737", PJN Intranet
 Se citó: CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 27-5-97, "V. O. A. s/Denuncia inf. ley 23.771", c. 1535 (750/96), reg. 1294; sala I, Secr. Penal Nº 1, 28-5-96, "M. M. s/Infracción art. 25, ley 23.737", c. 478/96, reg. 3893

4. Procedencia del dinero

Si bien una de las procesadas en su declaración indagatoria manifestó que el dinero que poseía era producto de "negocios turbios de su cónyuge", no se puede pensar que algunos de los efectos desapoderados a los procesados provienen de la actividad ilícita que desplegaron desde nuestro país, por la sencilla razón de que todos ellos fueron adquiridos antes de comenzar a ejecutar el frustrado transporte internacional que devino en pura pérdida para sus autores. Ello no quita que tales inversiones puedan quedar sujetas —como lo están— a las resultas de la investigación del delito previsto y reprimido por el artículo 25 de la ley 23.737. Precisamente esta norma vino a solventar en parte el vacío existente en la ley anterior y a cubrir la materia relativa al "lavado de dinero" mediante el llamado "encubrimiento del tráfico de estupefacientes", extendiendo su aplicación al caso de que el "hecho originante de las ganancias, cosas, bienes o beneficios se haya producido en el territorio extranjero". Esos bienes pudieron cumplir el fin de enmascarar aquella actividad delictiva llevada a cabo desde el mismo lugar donde estaban instalados los teléfonos sirvientes de las comunicaciones ilícitas. Pero, por más amplitud que se otorgue a la regla interpretativa aplicable, se ha de coincidir en que implica un exceso semántico decir que los equinos, cerdos, vacas y el sembrado hallado en el asiento operativo del cabecilla de la banda, las viviendas familiares y las alhajas pertenecientes a sus integrantes fueron útiles empleados en el concreto *iter criminis* desplegado por los procesados.

5. Prueba del origen de los fondos

...la imputación de la figura delictiva (lavado de dinero) se encuentra condicionada a la previa ejecución exitosa—en términos económicos—de otra conducta tipificada en la ley*. Por lo cual, cabe que nos preguntemos: ¿cuál es el hecho típico de narcotráfico que sirve de antecedente al lavado en autos a las encausadas? La respuesta no puede ser otra que se desconoce [...] no es aceptable mantener la inversión provisional de la carga de la prueba, sin afectar seriamente el principio constitucional de inocencia; por el contrario, la doctrina repudia prácticamente de una manera unánime que se pretenda arribar a un veredicto de condena partiendo de una presunción de ilicitud. No implica ningún avance en ese sentido aludir a la "criminal ocupación" de los respectivos esposos de las encausadas, no sólo porque nadie podría afirmar que ella tuviera un resultado diferente del fracaso obtenido por el único hecho respecto del cual fueron investigados (ni siquiera un desmedido e injustificado incremento patrimonial indicaría que necesariamente proviene de una relación droga-ganancia), sino porque la indeterminación insita en esa expresión no podría dar cuenta del efectivo contenido estupefaciente del material utilizado para las hipotéticas operaciones en las que aquellos hubieren participado: "Lo cierto es que se vislumbra en autos una insubsanable ausencia de certeza respecto del objeto material de los delitos entorados, es decir [...] (sobre la) calidad toxicomaniágena [...] impuesta por la ley sustantiva en el artículo 77, último párrafo, del Código Penal".

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 12-12-2002, "G. S., H. N. y otros s/Inf. art. 25, ley 23.737", PJN Intranet
Se citó: *Misma sala, 17-12-98, "C. V. s/Infracción ley 23.737", c. 1923

a) Patrimonio del presunto autor

Mucho menos nos acerca a la solución incriminatoria pretender sostener "las ganancias [...] o el beneficio económico obtenido del delito", confundiéndolo con el resto del patrimonio del presunto autor; o pretender que el hecho típico del lavado se constituye por la realización de operaciones financieras con dinero de origen desconocido, cuyos frutos son utilizados por su titular para financiar hechos de narcotráfico. Porque de ser así, se trataría de un razonamiento que nos

llevaría de la mano a introducir en el Derecho Penal argentino la confiscación de bienes como sanción; cuando no se estaría transfiriendo los procedimientos y objetivos propios de la indemnización civil, hacia la teoría de la pena. De ahí que no configure el hecho típico atribuido a una de las encausadas "la intervención deliberada en operaciones financieras prolongadas en el tiempo, para la conversión, transferencia, ocultación y encubrimiento del movimiento y propiedad real de la universalidad de bienes o patrimonio de su consorte de causa" (su ex esposo); así como tampoco lo constituye que "la otra encausada sin actividad económica realiza inversiones de los activos del esposo a sabiendas de la organización y financiamiento de una operación de narcotráfico internacional" (absolutamente fallida en términos del negativo beneficio obtenido). Distinta es la aclaración vertida en el "Informe de Comisiones" de la Cámara de Diputados de la Nación, al tratarse el proyecto de la que luego sería la ley 25.246: "...es indiferente que la operación de lavado recaiga sobre la cosa directamente derivada del delito o sobre los bienes que hubieran entrado en el patrimonio en el lugar de la cosa originaria" (Orden del Día Nº 1999, p. 8673). Habida cuenta que se está hablando en un sentido amplio de bienes provenientes del delito, y aun así, "cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas [...] se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado" (Convención de Viena, art. 5.6.b); porque "debe aclararse que en todos los casos la parte de origen lícito conservará esa calidad, pese a la integración con la de procedencia delictiva" (cfr. Jorge Eduardo Barrial, *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ad-Hoc, p. 191). Por ello, somos contestes en que es incommensurable el perjuicio que ocasiona el lavado de dinero asociado a toda la actividad del crimen organizado; incluso, en que "El dinero proveniente del narcotráfico ha permitido a los traficantes penetrar negocios legítimos, esconder sus ganancias ilícitas, distorsionar y erosionar las empresas comerciales, particularmente el sector financiero, corromper funcionarios y amenazar la estabilidad y la seguridad de los Estados" (conf. Grupo de expertos intergubernamentales para el estudio de las consecuencias económicas y sociales del tráfico ilícito de drogas, convocado por el Secretario General de Naciones Unidas en Viena entre los meses de mayo y junio de 1990). Siendo innegable que el motivo principal de este negativo balance de efectividad, ha radicado en la enorme dificultad existente para demostrar que los fondos sospechados provenían de algún delito de tráfico

de estupefacientes. Dado que "La investigación puede llegar hasta el punto que el delito sea visible; inclusive hasta que el propio imputado admita que está lavando dinero".

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 12-12-2002, "G. S., H. N. y otros s/Inf. art. 25, ley 23.737", PJN Intranet

b) Prueba del origen ilegal de los fondos

"Pero, si la justicia no puede demostrar que esos bienes que está tratando de legitimar provienen del tráfico ilícito de estupefacientes o de alguna de las restantes figuras que contempla la ley 23.737, todo terminará en que tendremos una asombrosa maniobra; aunque no podremos condenar al responsable, porque no se ha podido probar la existencia del delito". Sin embargo, la solución no pasa por replantear la falsa antinomia libertad-seguridad, de la que siempre salió perdido-sa la primera debido al desmedro sufrido por las garantías individuales que tantos siglos de penuria y sacrificio le demandó a la humanidad que la ley ha establecido para aplicar una sanción por razones de política criminal ya que, si bien ellas deben estar presentes en la tarea interpretativa, no pueden conducir a que los jueces sustituyan, en homenaje a su criterio sobre qué acciones deben ser penadas y cuáles permanecer impunes, la decisión que al respecto haya tomado el legislador".

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 12-12-2002, "G. S., H. N. y otros s/Inf. art. 25, ley 23.737", PJN Intranet
Se citó: cfr. CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 27-5-97, "V., O. A. s/Denuncia inf. ley 23.771", c. 1535 (750/96), reg. 1294; cfr. CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, 28-5-96, "M., M. s/Infraacción art. 25, ley 23.737", c. 478/96, reg. 3893; CSJN, 24-2-81, c. "L.", Fallos: 303:274. Cfr. el voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi en la causa "B.", 29-8-86, Fallos: 308:1394

Voto en disidencia del Dr. Rudi: Corresponde condenar por el delito previsto en el artículo 25 de la ley 23.737—que reprime el lavado de dinero proveniente del narcotráfico—al cónyuge que conocía perfectamente la criminal ocupación del esposo y el origen de los fondos que empleaba en las operaciones financieras en que intervenía.

II. Autoría

JURISPRUDENCIA

“Un sujeto se hace partícipe: prestando su obra material (o) contribuyendo a través de la psiquis de otro”; ya que, para que haya encubrimiento “Es necesario, además, que antes de la ejecución del delito, su agente no haya prometido la ayuda a alguno de los que participaron en él, porque en el caso contrario, la oferta implica una intervención mediante un aporte moral en el proceso ejecutivo del delito”. Como es dable advertir, si bien la ley requiera expresamente como presupuesto del encubrimiento la ausencia de “promesa anterior al delito”, la buena doctrina ya computaba ese requisito como inexistencia de participación. Por lo cual, nada ha cambiado a partir de su modificación, en la medida que el abandono de esa expresión significó una mejor técnica legislativa, al estar implícita en la referencia a que el autor no debe haber participado en el hecho principal. Técnica que, por otra parte, fuera anticipada por el legislador en la misma versión de la ley 23.737. Lo que no fue expresamente estipulado en esa ley, pero se deriva de la propia naturaleza encubridora del accionar subsiguiente al hecho de narcotráfico productor de ganancia, es que la escala penal del delito precedente nunca puede ser inferior a la del lavado de activos. Porque si bien son delitos autónomos en el sentido de que su respectiva investigación sigue cursos independientes, no condice con el valor justicia ni con una sana política criminal que se imponga una pena mayor a quien presta un auxilio posterior, que al autor del delito encubridor. Lo cual también nos está indicando que el hecho del cual provengan los bienes debe ser una conducta penalmente típica-da, aunque lo fuera en una ley especial (cfr. Jorge Eduardo Barral, *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ad-Hoc, p. 185).

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 12-12-2002, “G. S., H. N. y otros s/Inf. art. 25, ley 23.737”

III. Medidas cautelares. Decomiso de bienes

1. No corresponde decomisar los bienes obtenidos por el lavado de dinero proveniente del narcotráfico—en el caso, se lo había efectuado respecto de dos unidades funcionales de un country—pues las medidas procesales de carácter precautorio que contiene el artículo 25, última parte, de la ley de estupefacientes y que puede adoptar el tribunal

durante el proceso tienden a asegurar las ganancias o bienes producto del delito, permitiéndole al interesado demostrar el legítimo origen de dichos bienes para poder desafectarlos.

2. Resulta impropio ordenar en el auto de procesamiento el decomiso de los bienes obtenidos mediante lavado de dinero proveniente del narcotráfico—en el caso, se lo había efectuado respecto de dos unidades funcionales de un county—ya que tanto los artículos 29 y 39 de la ley 25.246 como el artículo 278, inciso 4º del Código Penal—texto según aquella ley—permiten que el tribunal adopte sólo medidas eminentemente cautelares para asegurar la prueba o los resultados del juicio pero no el decomiso, ya que éste importa la privación de los objetos.

CNCas.Pen., sala III, 16-3-2001, “D., L. s/Rec. de casación”, L. L. 2001-E-533; L. L. 2001-E-816

IV. Aplicación de la ley penal en el tiempo

1. Sucesión de leyes en el tiempo (leyes 20.771, 23.737 y 25.246). Principio de legalidad

El planteo convoca a la temática inherente a un supuesto de sucesión de leyes en el tiempo, habida cuenta la inferencia que en la solución del caso tiene la respectiva vigencia de las leyes 20.771 (B. O. 9-10-74), 23.737 (B. O. 11-10-89) y 25.246 (B. O. 10-5-2000). Concretamente, la imputación penal contenida en la sentencia en crisis se sustenta en dos conductas ilícitas—la del delito base o de referencia y la que legitima los beneficios de aquel—, desplegadas durante la vigencia sucesiva de dos leyes. Y la defensa se opone a ello por considerar que viola el principio de legalidad; al tiempo que también resiste la eventual punibilidad de las causantes, en función de sus respectivos matrimonios con quienes habrían cometido los delitos que supuestamente generaron la inversión que se les reprocha. Así las cosas, razón lleva el sentenciante al señalar que en un caso como el planteado en la especie, si los hechos previos eran punibles en ambas leyes, no dejaron de ser típicos en momento alguno y, en consecuencia, la inversión financiera y la compraventa de inmuebles que se hubieren concretado con sus beneficios, importaría la comisión delictiva en trato si ésta se realizó con posterioridad a su inserción normativa en la segunda ley. Lo cual no deja de ser lógico, si se considera que la expresa mención que se hace en la 23.737 a “los hechos previstos en esta ley” (art. 25)

es sólo una referencia genérica que alcanza a todos los tipos penales que contengan una descripción idéntica de la acción seleccionada para sancionar la conducta reputada disvaliosa. Puesto que, como bien se ha señalado, "...la regla general de la interpretación semánticamente más restrictiva de criminalización cede ante una más amplia [...] cuando el sentido restrictivo provoca una consecuencia ridícula o absurda que la literal más amplia evita". Y se arribaría a esa deplorable consecuencia si, por ejemplo, se asignara impunidad a la acción legitimante posterior de las ganancias obtenidas por la organización y financiamiento de un transporte de estupefacientes ejecutado antes del 20-10-89—durante la vigencia de los artículos 2º y 3º de la ley 20.771—y sólo se la castigara cuando este último accionar se hubiere llevado a cabo luego de esa fecha—a partir de su idéntica tipificación en los artículos 5º y 7º de la ley 23.737—. Algo semejante ocurre con la derogación de dicho artículo 25 dispuesta por el artículo 29 de la ley 25.246, ya que el legislador mantuvo—en cuanto nos interesa—la penalización de la inversión de las ganancias o venta de los bienes provenientes de los hechos previstos en la ley 23.737, al sancionar contemporáneamente con la misma pena de prisión—dos a diez años—la realización de una operación en la que se "aplicare de cualquier modo el dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito" (art. 278, inc. 1º, a, del Cód. Pen.); o sea, de los hechos previstos como tales en la ley de drogas. Argumentos que me deciden a confirmar la forma alternativa con la que el a quo aplicó las leyes de mención, en tanto respeta el principio de legalidad.

CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 12-12-2002, "G. S., H. N. y otros s/Inf. art. 25, ley 23.737", PJN Intranet
Se citó: CFed. de San Martín, sala II, Secr. Penal Nº 2, 27-5-97, "V., O. A. s/Denuncia inf. ley 23.771", c. 1535 (750/96), reg. 1294

2. Ley penal en el tiempo (art. 29 de la ley 25.246). *Aplicación de la ley penal más benigna*

En el artículo 29 de la ley 25.246 lo que el legislador ha efectuado no es la despenalización de aquellas conductas previstas por el artículo 25 de la ley 23.737, sino por el contrario, ha dictado una nueva norma que contempla a las anteriores, agravando en algunos casos su sanción. Así la ley 25.246 ha mantenido la incriminación de la conducta típica, sea en su artículo 3º en tanto modifica el artículo 278 del Código Penal en el nuevo texto de sus incisos 1º y 3º o fuere en su artículo 2º en cuanto

modifica el artículo 277, y establece en su reemplazo el inciso c) del mismo texto legal. Por ello, es que atendiendo al principio *tempus regit actum* y atento el monto de la pena pecuniaria establecida en la norma citada en primer lugar, debe estarse a la aplicación de la ley más benigna en beneficio del imputado, confiriéndole, en el caso, a ésta, ultraactividad.

CFed.CCorr., sala I, 13-2-2002, "D. T., N. A. s/Procesamiento",
PJN Intranet

V. Jurisprudencia respecto del derogado artículo 25 de la ley 23.737

1. Tipo objetivo

Acreditado el origen de los fondos que se invertían como provenientes del narcotráfico y la participación decisiva del imputado en las operaciones de lavado de dinero, fundamentalmente en la adquisición de campos, hoteles, maquinaria agrícola, etcétera, a través de distintas entidades conformadas como una especie de grupo societario, con el juicio de probabilidad sobre la existencia del hecho delictuoso y de la responsabilidad que como partícipe le corresponde al imputado proce-

de el dictado de auto de procesamiento.

CFed.CCorr., sala I, 13-2-2002, "D. T., N. A. s/Procesamiento",
PJN Intranet

Las acciones previstas por el artículo 25 de la ley 23.737, vulgarmente conocidas como de "lavado" de dinero, ganancias o bienes provenientes del tráfico de estupefacientes, constituyen específicas provisiones de encubrimiento relacionadas con la ilícita actividad mencionada, las cuales –sin perjuicio de la vinculación aludida– resultan autónomas del delito encubierto, a punto tal que aun en caso de no haberse individualizado a los autores del hecho anterior, serían de aplicación los supuestos previstos en la norma citada con la sola acreditación de la existencia de ganancias provenientes del tráfico de las sustancias aludidas.

CFed. de San Martín, sala I, Secr. Penal Nº 1, "M., M. s/Inf.
art. 25, ley 23.737", c. 478/96, reg. 3893 (Int.), Ficha NF1896-1,
PJN Intranet

2. Prueba del origen de los bienes

1. El patrimonio de una persona es único –integrado con la totalidad de activos y pasivos– y conforme lo establece el artículo 25 de la ley 23.737 que reprime el delito de lavado de dinero proveniente del narcotráfico, corresponde al interesado probar su origen legítimo.

2. Corresponde decretar el procesamiento del imputado por el delito de lavado de dinero proveniente del narcotráfico –si de la prueba colectada surge que el ingreso del dinero al país proveniente de Colombia, la apertura de cuentas y cajas de seguridad, la circunstancia de haberse valido de una sociedad comercial con respectivos traspasos de apoderados tanto para practicar inversiones como para justificar gastos y los sucesivos cambios de titularidad de los bienes, fueron efectuados a fin de confundir el origen del dinero y así asegurar los beneficios.

CFed.CC, sala I, 13-6-2000, "S. C., M. I. y otros", L. L. 2000-F-413; D. J. 2001-I-835

3. Tipo subjetivo

Si bien se acreditó que la encartada realizó depósitos y transferencias en la cuenta de un sujeto procesado por delitos previstos en la ley 23.737, no existe constancia de que supiera que esos fondos provenían de operaciones de tráfico ilícito –extremo tampoco acreditado suficientemente–, cosa que tampoco podía inferir por el escaso monto de aquellos, máxime cuando razonablemente pudo pensar que tuvieran origen en la actividad lícita de aquel (transportista).

CFed. de Salta, 20-4-95, "T., J. C. y otros s/Infracción a la ley 23.737", int. 004/95, PJN Intranet

4. Autoría

Corresponde otorgarles participación criminal en el delito de lavado de dinero proveniente del comercio de estupefacientes, reglado por el artículo 25 de la ley 23.737, a aquellos imputados que, por lo menos, sospecharon el origen del dinero transferido a otro de los acusados.

CNCas.Pen., sala I, 23-3-2000, "S., L. F. y otros", L. L. 2001-B-378

5. "Non bis in idem"

El artículo 25 de la ley 23.737 reprime a quien, sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los delitos previstos por dicha ley, interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias o bienes provenientes de ellos, o del beneficio económico obtenido del delito, siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiere sospechado. Por ello, a quienes han sido condenados o procesados por delitos vinculados al comercio de estupefacientes, no es posible aplicarles tal figura delictiva en tanto se trate de ganancias que hubieran podido obtener de esas ventas que los han tenido como protagonistas, ya sea como financiadores, organizadores o vendedores. El procesamiento dictado por aplicación del artículo 25 de la ley 23.737, existiendo condenas o procesamiento, no implica necesariamente una violación al principio de *non bis in idem*. Siendo así, nada impide que se profundice la investigación en relación al origen de fondos que pudieron haber sido obtenidos por el comercio de estupefacientes realizado por otras personas.

CFed.CCort., sala I, 31-5-2001, "R. B., D. y otros s/Infrac. art. 25, ley 23.737", PJN Intranet

6. Decomiso. Medida cautelar

Aun en el caso de que exista una causa civil, en avanzado estado en lo que concierne a la subasta de los bienes inmuebles hipotecados y comisos a su vez, por un juez penal por su origen relacionados con los delitos previstos por la ley 23.737, no debe hacerse lugar a la solicitud del acreedor de dejar sin efecto dicha medida cautelar a los efectos de ejecutar su crédito. Ello así si la causa penal se encuentra en plena investigación, que los bienes pertenecen, aun gravados con derecho real de hipoteca, a los imputados de haberlos adquirido con dinero proveniente del narcotráfico, elementos éstos que autorizan al juez penal a asegurarlos. Tal es lo que se desprende de los artículos 518 del CPPN y 25, 30 y 39 de la ley 23.737; 23 y 29 del Código Penal y 3º, 5º y 12 de la ley 20.785. De la normativa citada surge claramente por un lado la facultad del juez de adoptar, cuando lo entienda necesario y fundadamente, las medidas cautelares necesarias durante el proceso y por otro, que las mismas tienen, en principio, el carácter de provisionales toda vez que la condena será la que decida en forma definitiva sobre tales bienes. La adopción de este tipo de medidas

8. Concurso real

a) Asociación ilícita

Acreditada la existencia del acuerdo permanente de voluntades para

Decretado el procesamiento por los delitos de asociación ilícita y lavado de dinero proveniente de narcotráfico, y no determinado en forma fehaciente el destino del dinero supuestamente obtenido, la inhibición general de bienes resulta la única medida cautelar viable a efectos de evitar un eventual desmembramiento patrimonial.

CFed.CCcorr., sala I, "L., H.", BCFcyC, Año 1993, p. 369

7. Inhibición general de bienes

cautelares respecto de bienes involucrados en la causa no implica efectuar juicio de valor alguno sobre los derechos que se invoquen según lo resuelto en sede civil. Es que el carácter del proceso ejecutivo permite el pronunciamiento de una condena cuando la existencia del derecho y del cumplimiento son todavía inciertos—aunque verosímiles—, y el proceso pueda continuar con una segunda fase—juicio ordinario—. En tal caso, el acreedor tendría un derecho preferente y juzgada material, sino formal, motivo por el cual la condena es conocida como condena con reserva, quedando abierta la vía para que el deudor inicie el juicio ordinario para obtener la reparación a que se creyera con derecho. Cabe señalar, además, que la causa penal puede asemejarse, por lo menos en cuanto a alguno de sus efectos, a un juicio universal y, en el cual, se agrupan diversos procesos por el que se encuentra comprometido el patrimonio de una persona que, considerada como una universalidad jurídica, impone la vigencia del fuero de atracción. Puede entonces hacerse un paralelo en el sentido que el acreedor ha obtenido una verificación de su crédito, y que debe aguardar para su cobro hasta tanto se finalice con el proceso penal. Procede en tal caso el aseguramiento de los bienes a través de un embargo conjuntamente con la medida de no innovar y la administración judicial sobre ellos.

CFed.CCcorr., sala I, 31-10-2002, "F., H. s/Entrega de bienes", P.JN Intranet

conformar e integrar una asociación ilícita, el número de personas exigido para conformarla y la indeterminación de planes delictivos, concurre materialmente la asociación ilícita con el delito objeto de ésta consistente en la legitimación de activos o lavado de dinero proveniente del narcotráfico merced a la utilización de diversas sociedades, para eludir responsabilidades y dificultar la investigación, ocultando la verdadera titularidad del derecho de propiedad.

CFed.CCort., sala I, 13-2-2002, "D. T., N. A. s/Procesamiento",
PJN Intranet

b) *Contrabando. Artículo 25 de la ley 23.737
y artículo 866 del Código Aduanero*

Si bien la tarea investigativa que implique la comprobación de los extremos previstos en el tipo del artículo 25 de la ley 23.737 se encontrará vinculada fácticamente con el delito de contrabando o bien con alguna otra figura de las previstas en la mencionada ley, no determina necesariamente la misma vinculación procesal; es decir, es perfectamente admisible pensar en dos investigaciones paralelas toda vez que cada una de ellas tendrá un sustento fáctico diferente.

CFed.CCort., sala II, "M. T., Z. y otros s/Contrabando", c. 6849,
BJCFCyC, Año 1991, p. 51
Se citó: sala II, 12-2-91, "A., C. H. s/Incid. de incompetencia",
reg. 7831

c) *Extradición. Estupefactantes*

El artículo 36 de la Convención Única de Estupefactantes modificado por el artículo 14 del Protocolo de 1972 establece que la contabulación para cometer los delitos, vinculados al tráfico de stupéficos allí enumerados y las operaciones financieras respectivas, se considerarán como delitos incluidos entre aquellos que den lugar a la extradición en todo tratado que, sobre la materia, se haya celebrado entre las partes, porque la procedencia de la extradición por el delito consistente en el lavado de dinero proveniente del narcotráfico aparece como incontestable.

CFed.CCort., sala I, "T., L. G. y otro", BJCFCyC, Año 1993,
ago.-sept., p. 404

La figura del lavado de dinero proveniente del narcotráfico y la de encubrimiento en la República Oriental del Uruguay son asimilables, sin embargo, resultan escindibles y por consiguiente aptas para su juzgamiento por separado si, como en el caso, en el vecino país la conducta desarrollada consistió en ser mandataria de diversas empresas, apertura de cuentas, contratación de cajas de seguridad con la finalidad de recibir y ocultar fondos y, en esta sede, la de adquirir diversas propiedades y formación de sociedades. Tales conductas fueron calificadas como asociación ilícita y lavado de dinero proveniente del narcotráfico. En este caso, no puede cuestionarse la identidad de la asociación ilícita atribuida en ambas naciones, actividad que constituye un solo hecho.

CFed.CC, sala II, "M. A., N. L.", BJCFCyC, Año 1993, ago.-sept., p. 405

ATENUANTES Y AGRAVANTES GENÉRICAS (Art. 279 del Cód. Pen.)

El artículo 279, inciso 1º establece una atenuante genérica para todas las disposiciones del Capítulo XIII del Código Penal, por la cual la escala penal del encubrimiento no puede ser superior a la del delito precedente, de modo que si el delito de base se subsume en el artículo 162 del Código Penal, la pena aplicable no puede exceder los dos años, resultando competente la justicia correccional.

CNCas.Pen., sala II, 21-2-2002, "T. Q., C. A.", CD J. A. 2002-II-103

I. Exención de pena

La eximición de pena establecida por el artículo 279, primera parte, del Código Penal a favor de los cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad reposa en una circunstancia objetiva cual es el vínculo legal, aun cuando el encubridor haya obrado con máxima frialdad. La eximición de pena consagra da por el artículo 279, primera parte, *in fine* del Código Penal a favor de los amigos íntimos y personas a las que el favorecedor debiere especial gratitud, reposa en un concepto de relación predominante-mente subjetivo. La concubina del imputado se encuentra comprendi-

da en el supuesto de eximición de pena previsto en el artículo 279 del Código Penal, sin que posea influencia alguna la relación que aquella pudiera haber tenido con la víctima del delito.

STJ de Corrientes, 17-12-97, "B., H. y otra", L. L. Litoral 1999-196

Si bien el accionar de la coprocesada al intentar hacer desaparecer el malefín con el estupefaciente encuadraría en la figura del encubrimiento (art. 277, inc. 2º del Cód. Pen. versión ley 23.077), el texto de la ley 23.468 es más benigno, pues exime de la pena si el autor fuere amigo íntimo de aquel a quien encubre, situación aplicable al caso de autos.

CNCor., sala VII, 31-7-87, "R. de V.", c. 76.096

La procedencia de la excusa absoluta del artículo 279 del Código Penal exige como condición necesaria la previa acreditación del vínculo matrimonial, que deberá ser probado con el acta de celebración o su testimonio o, en caso de imposibilidad justificada, con otro medio de prueba pertinente.

Cacus. de Córdoba, Secr. Nº 1, 11-10-74, "M., C. A.", AI Nº 40

EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENAS (Art. 280 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo

1. Acción típica

Corresponde hacer lugar al recurso de casación (CPPN, art. 456, inc. 1º) contra la resolución del tribunal oral que rechazó el pedido de extinción de la pena del condenado. Si el encausado permaneció detenido durante todo el curso del proceso, el lapso que sigue inmediatamente después de leído el veredicto debe ser considerado como comienzo del cumplimiento efectivo de la condena. El plazo de prescripción del artículo 66, segunda hipótesis, Código Penal, debe computarse a partir de la evasión del condenado—acaecida escasos días después de la lectura del veredicto—y no desde la fecha en que la sentencia adquirió firmeza, pues la fuga evidencia una intención de no

continuar sometido a la jurisdicción del tribunal, con la consiguiente falta de interés en plantear algún recurso.

CNCas.Pen., sala II, 24-10-97, "A., O. C.", c. 1405, reg. 1665, J. P. B. A. 101-100

Al producirse su detención en otra jurisdicción, el condenado evadido y prófugo pierde su calidad de tal, pierde también su libertad, razón por la cual el cómputo de la prescripción de la pena interrumpido por la evasión debe proseguirse por el resto del tiempo que ha sido condenado y que aún no cumplía al momento de la evasión.

SCJ de Mendoza, sala II, 10-10-91, "Fiscal c/L. L., J. A.; S. B., M. A. s/Hurto, casación", fallo: 91199299, expte. 49099, ubicación: S223-460

a) *La fuerza en las cosas. La violencia en las personas*

El artículo 280 del Código Penal expresa: "Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año, el que hallándose legalmente detenido se evadiera por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas".

De allí no se deduce que la norma defina la evasión, sino que tipifica una conducta que contiene la acción de evadirse y la acción de ejercer violencia en las personas o fuerza en las cosas como medio para lograr su fin. Son dos conductas íntimamente unidas que juntas forman una más compleja que es precisamente la tipificada en la norma legal bajo estudio, que no es simplemente evadirse, sino hacerlo con fuerza o violencia, o ambas a la vez. Valga como aclaración que si la acción de evadirse incluyera el concepto de fuerza o violencia no se hubiera agregado "por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas" ya que hubiera resultado redundante. Es lo que parte de la doctrina ha dado en llamar delitos de varios actos o de pluralidad de actos, precisamente por la existencia de varias acciones que se suceden (*Derecho Penal. Parte general*, t. I, Reinhart Maurach, Buenos Aires, 1994, p. 336; *Derecho Penal. Parte general*, Santiago Mir Puig, Barcelona, 1990, p. 218).

Ello no implica que la simple acción de evadirse, sin recurrir a la fuerza o violencia, no tenga consecuencias ya que constituye una infracción grave (art. 18, inc. a, del Reglamento de Disciplina para

los Internos, dec. 18/97), pero sólo en el ámbito disciplinario del Servicio Penitenciario Federal.

La expresión "por medio de" fuerza en las cosas o violencia física en las personas es calificar la conducta de "evadirse" con un grado de injusto aún mayor que la misma acción concretada sin valerse de esos medios, la cual se refleja en la sanción atribuida a cada una.

Paralelamente el artículo 281 del mismo cuerpo legal penaliza a quien colabore en la evasión de algún detenido o condenado. Aquí la norma no requiere que la evasión se cometa mediante fuerza o violencia, tal como sostiene la defensa, ni siquiera por remisión a la norma que le precede.

CNCas.Pen., sala II, 8-11-2002, "G. S., V. s/Rec. de casación", L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 30-6-2003, ps. 52/3

No resulta de aplicación el artículo 54 del Código Penal sino el 55 ídem, si en las conductas imputadas (evasión y robo), realizadas en el contexto general de la violencia desencadenada con motivo de la fuga de uno de los imputados, el apoderamiento del arma excedió el simple acto de desarmar al funcionario penitenciario para favorecer la evasión y no resultaba necesario a tal efecto.

CNCas.Pen., sala IV, 14-8-95, "B., J. A. y otros", c. 183, J. P. B. A. 94-94

Las lesiones de carácter leve causadas por el detenido para poder fugarse integran el delito de evasión por lo que no constituyen un delito independiente (B. J. C., t. XXI, vol. 5, p. 299).

Por unanimidad. El policía procedió a sacarle las esposas al incoado a fin de tomarle sus impresiones digitales. Ese momento fue aprovechado por el encartado quien le aplicó un golpe de puño en el rostro, que lo hizo trastabillar y caer sobre el escritorio de guardia, tras lo cual éste se dio a la fuga de la Seccional, sin darle tiempo a los policías para reaccionar.

TSJ de Córdoba, 23-3-93, "G., J. G.", expte. 9/1992, J. P. B. A. 82-3/4

La evasión tentada concurre materialmente con el delito de lesiones

graves cometido a posteriori como un plus en perjuicio de un guardia que trató de impedir la consumación de la fuga.

En tales condiciones las lesiones graves achacadas al encartado fueron de las llamadas *criminitis causa* (art. 92 en función de los arts. 90 y 80, inc. 7º del Cód. Pen.) desde que, justamente esta calificante o agravamiento se construye en torno a la dependencia ideológica del accionar lesivo respecto a otro delito: en el caso el de evasión.

STJ de Chubut, 7-9-90, "P., C.", expte. 12.666, J. P. B. A. 77-6

La evasión requiere como medio comisivo la fuerza, violencia o intimidación en "estrecha relación" con el fin buscado, en carácter de causalidad de medio a fin, aunque sea como mera contribución. En el delito de evasión es el agente el que tiene que haber vencido la resistencia que le oponían las cosas o las personas para lograr su libertad, o por lo menos cooperado, aunque sea moralmente, a su vencimiento.

CNCor, sala VI, 11-5-95, "F., N. A.", J. A. 1996-I-215 (CD J. A. Informática Jurídica Documento Nº 1.24040)

Incurre en el delito de evasión en grado de tentativa quien con la finalidad de fugarse de su lugar de detención, procedió al aserramiento de los barrotes de una claraboya de su celda, con una sierra, no pudiendo consumir su propósito por circunstancias ajenas a su voluntad, ya que la autoridad policial, al advertir la maniobra, efectuó una requisa, hallando el elemento utilizado en el desagüe de un baño común a los calabozos.

CCrim. Nº 1 de Santa Rosa, 9-8-94, "C., W. G.", BI Nº 2/95, ref.; J. P. B. A. 94-68

Configura robo de automotor calificado por lesiones graves (Cód. Pen., art. 166, inc. 1º), en concurso ideal con tentativa de evasión (Cód. Pen., arts. 280 y 42), el ataque consumado por tres procesados contra su guardián para quitarle las llaves del vehículo en que posteriormente trataron de darse a la fuga infructuosamente.

CFed. de San Martín, sala II, 6-12-94, "P., C.", c. 1161/93, J. P. B. A. 96-41/2

Quien encontrándose objetivamente detenido logra escapar, provo-

cando un daño material, no comete el delito previsto por el Código Penal, artículo 184, inciso 5°, sino el de evasión, que incluye explícitamente entre sus elementos constitutivos la fuerza en las cosas. Esta conclusión es aplicable también a quien encontrándose detenido por un guarda del Ferrocarril provocó la rotura de un vidrio para poder liberarse. Esto es así, toda vez que la ley 2873, artículo 87 faculta al guarda que se viera obligado a tomar una medida necesaria "para asegurar la persona del delincuente" y lo equipara a tal fin a los agentes de policía. Sin embargo, la detención debe reunir las formalidades establecidas para la orden judicial de detención por el CPM, artículo 373 que vale con la adaptación que demanden las circunstancias para los guardas, en caso contrario sería un mero acto de fuerza, una detención ilegal. El Código Penal, artículo 280 —a contrario sensu— justifica el empleo de la fuerza en los casos que esté sólo dirigido a liberarse de la aprehensión ilegal. En el caso la no comunicación por parte del guarda al detenido, del estado de detención, impide que se tenga por configurado el delito de evasión.

CFed. de La Plata, sala III, 9-5-90, "N., J.", expte. 10.715, BI sept./91; J. P. B. A. 77-52

Configura el delito del artículo 280 del Código Penal la acción de los reclusos de un penal que se evadieron intimidando y agrediendo con armas al personal penitenciario. En el caso, el robo (Cód. Pen., art. 166, inc. 2°) y la evasión (Cód. Pen., art. 280) concurren en forma ideal si el apoderamiento recaó sobre efectos utilizados para la fuga (guardapolvos, un estetoscopio, uniformes penitenciarios y una ametralladora), constituyendo un único hecho jurídico, ya que la violencia empleada como medio comisivo estuvo conectada finalmente con ambos delitos y por lo tanto resultó indiferenciable. Basta con pensar, para observar la interdependencia de los actos, que la consumación de la fuga importaba el desapoderamiento y viceversa. Los delitos de los artículos 280 y 166, inciso 2° del Código Penal concurren idealmente con las lesiones leves reiteradas (Cód. Pen., arts. 89 y 55) infligidas a dos guardiacárceles si, aunque constituyeron un plus al obrar, se integraron al hecho como resultado inescindible del mismo.

En el delito de evasión es el agente el que tiene que haber vencido la resistencia que le oponían las cosas o las personas para lograr su libertad, o por lo menos cooperado, aunque sea moralmente, a su vencimiento.

CNCor., sala VI, 11-5-95, J. A. 1996-I-215

FAVORECIMIENTO DE EVASIÓN (Art. 281 del Cód. Pen.)

I. Conducta dolosa

El artículo 281 del Código Penal penaliza a quien colabore en la evasión de algún condenado o detenido —en el caso, el imputado fue condenado por su tentativa—, sin que se requiera que la evasión se cometa mediante la fuerza o violencia.

CNCas. Pen., sala II, 8-11-2002, "G. S., V. s/Rec. de casación", L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 30-6-2003, ps. 52/3

No configura favorecimiento de evasión sino una conducta atípica el intento de entrega de una sierra por la concubina (en forma subrepticia) al concubino detenido, si esta acción (no obstante la intención de la mujer) en nada influyó en la conducta del detenido, que si bien trató de fugarse de su lugar de detención, utilizando fuerza en las cosas, mediante el aserramiento de los barrotos de su celda, lo hizo en forma autónoma y totalmente desvinculada del quehacer de su concubina [...] Soler dice que el delito de "favorecimiento de evasión, si bien es independiente, guarda íntima relación con la determinada evasión y se consuma cuando la fuga se ha producido". Las circunstancias expuestas no caracterizan el hecho, siendo además el suministro intencional de medios liberatorios de la encausada en nada influyente en la conducta de quien intentaba la fuga; debiendo declararse que el quehacer en análisis resulta atípico y por ende falta de responsabilidad por parte de la acusada, correspondiendo su absolución.

CCrim. N.º 1 de Santa Rosa, 9-8-94, "C., W. G.", BI N.º 2/95, ref.; J. P. B. A. 94-68

El tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo 281 del Código Penal reprime a quien "favorece" la evasión en forma autónoma del

delito de evasión. Si bien son casos de actividad bilateral, es posible el enjuiciamiento del facilitador y no del evadido si no se acreditaron para éste los requisitos de fuerza en las cosas o intimidación o violencia en las personas que exige el artículo 280; por lo que no obsta a la condena la desincriminación de los evadidos.

El favorecimiento doloso comprende acciones u omisiones sin las cuales la evasión no se habría producido. Debe existir un aporte determinante al proceso causal del hecho, aunque no sea el único.

La ayuda prestada al evadido debe consistir en eliminar los obstáculos que restringen la libertad ambulatoria del detenido o condenado. La contribución debe ser tal que sin ella el preso no hubiera logrado su propósito de fuga.

Este tipo penal exige dolo directo, es decir el suministro intencional del aporte o ayuda para eliminar los obstáculos de la privación de libertad.

TOCr.Fed. de Tierra del Fuego, 10-8-98, "E., C.", c. 45 "J", J. P. B. A. 107-44

II. Conducta culposa

Encuadra prima facie en el delito de favorecimiento culposo de evasión - artículo 281, Código Penal- la actitud negligente de quien no verificó a la persona visitante del interno que logró suministrarle un arma de fuego con la cual respaldó la fuga del lugar.

CNCCorr., sala IV, 31-5-2000, "R., D. y otros", J. A. 2001-II, síntesis (J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.208)

No puede disparse la responsabilidad de los encartados por la circunstancia de que el lugar de alojamiento pudiere no reunir las condiciones de seguridad de una Unidad del Servicio Penitenciario Federal ni minimizarse las disposiciones contenidas en los memorandos tendientes a establecer mayor seguridad en el manejo y control de los detenidos. Si bien puede resultar cuestionable la decisión de alojar a individuos sometidos a procesos por los delitos de tal gravedad en dependencias de la División de Investigaciones Penales Administrativas de la Prefectura Naval Argentina (DIPA) destinadas al encarcelamiento de contraventores, su revisión no compete a este tribunal, siendo del caso resaltar que fue el actuar negligente de los acusados el que quebró el

sistema de vigilancia instaurado por las autoridades a través de los citados memorandos y por ende el factor determinante de que se produjese la evasión de los detenidos.

CFed.CCorr., sala II, 27-9-95, "Q., J. L.", c. 10.478, BJCFCyC sept./95, ref.; J. P. B. A. 94-47

Es autor de facilitación culposa de evasión (art. 281, 2º párr., Cód. Pen.) el jefe de guardia de una delegación de Gendarmería Nacional que permitió que en dicho lugar se organizara una cena compartida entre detenidos y guardianes, convino la contratación y permitió el ingreso de dos alternadoras si, mientras éstas mantenían relaciones sexuales con los gendarmes, se produjo la fuga de dos detenidos. El único comportamiento penado en el segundo párrafo del artículo 281 del Código Penal es el "negligente", es decir, es una imputación a título de culpa, y debe existir una relación causal entre la negligencia del funcionario y la evasión, sin la intervención de otras causas decisivas e independientes. La negligencia está tomada aquí como comportamiento de descuido del guardián. Descartada la acreditación del dolo en la conducta del particular acusado de favorecimiento de evasión, éste debe ser absuelto, pues la figura negligente del segundo párrafo penaliza a quien reviste calidad de funcionario público.

TOCr.Fed. de Tierra del Fuego, 10-8-98, "E., C.", c. 45 "j", J. P. B. A. 107-44

La posible evasión del accionar de la justicia por parte del encausado, atento la entidad del pronóstico de pena que sobre él se cierne como obstáculo de su soltura de acuerdo a los parámetros fijados por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, encuentra excepción en el particular supuesto de que el estado de salud haga aparecer como irrazonable tal posibilidad de fuga.

CFed.CCorr., sala II, 18-12-98, "V., E. J. s/Excarcelación", J. A. Informática Jurídica Documento Nº 9.2031

QUEBRANTAMIENTO DE INHABILITACIÓN

(Art. 281 bis del Cód. Pen.)

Constituye inaceptable violación del *non bis in idem* el computar la

condena anterior en calidad de circunstancia agravante como se ha
hecho en el primer pronunciamiento, cuando aquella al imponer la
pena de inhabilitación especial para conducir automotores fue presu-
puesto de la configuración del injusto materia de juzgamiento, que es
precisamente su quebrantamiento (art. 281 bis, Cód. Pen.).

CCCorr. de Pergamino, 23-6-94, P 1346, RSD-51-94, Ipiña-
Gesteira-Levato (SD)

Jurisprudencia
anotada

EL FAVORECIMIENTO IMPRUDENTE DE LA EVASIÓN DE DETENCIÓN LEGAL

por SANDRO F. ABRALDES

I. El fallo

TOCr. Nº 1 de San Isidro, 15-10-2004, "C., R. A.
s/Favorecimiento de evasión", causa 6525 (677/01)

Audiencia de Debate

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 14 días del mes de octubre de 2004, y siendo las 10:48 hs, se da comienzo a la Audiencia de Debate en la que se juzgará al procesado R. A. C., de las demás circunstancias personales obrantes en la causa registrada bajo el Nº 677/01 del registro interno del Tribunal en lo Criminal Nº 1 Deptal., conforme al artículo 369 del CPP. Se deja constancia de que el Tribunal se halla constituido por los Dres. Juan Carlos Tarsia, Presidente, Carlos Gustavo Olazar, Vicepresidente y como Vocal el Dr. Ernesto A. A. García Mañón. Asimismo se deja constancia que actúa como Secretario el Dr. Alberto A. Ortolani y como Auxiliario letrado, la Dra. Débora J. Ramírez. Se encuentran presentes en este acto el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal designado para intervenir en estos obrados por Resolución de Fiscalía General Departamental, Dr. Gonzalo Aquino y el Defensor Particular, Dr. Sergio Doutrés. El Sr. Presidente da por iniciada la Audiencia, indicando al procesado que deberá estar atento a todo lo que vaya a hacerse, haciéndole conocer los derechos y facultades que lo asisten en la Audiencia, prestándose lectura a viva voz, por Secretaría, de lo que dispone el artículo 358 del CPP. Seguidamente, se efectúa el interrogatorio de identificación del imputado, quien dijo ser y llamarse R. A. C., DNI Nº 12.151.363, de nacionalidad argentina, nacido el día 20 de febrero de 1958 en Resistencia, Provincia de Chaco, con domicilio en calle Gutiérrez Nº 2248, instruido, empleado policial, hijo de F. y

de D. A. A continuación, se concede la palabra al Sr. Fiscal de Juicio, quien a tenor del artículo 374 del CPP, expresa los lineamientos de su acusación, manifestando que: mediante las pruebas incorporadas por lectura y las que se producirán durante el debate, intentará demostrar, conforme a los contenidos de la elevación de juicio y de la requisitoria Fiscal previa, que el día 29 de octubre del año 2000, siendo aproximadamente las 21:30 horas, el aquí imputado, R. A. C., en su condición de Sargento 1º de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quien se encontraba cumpliendo funciones como imaginaria de calabozos en la Comisaría de Beccar, sita en calle Posadas Nº 66 de la localidad de Beccar, partido de San Isidro, favoreció a la evasión de quince detenidos allí alojados.

Conferida la palabra a la Defensa, ésta expresó que mediante la prueba que se produzca en el debate demostrará que el Sr. C. no obró en forma dolosa ni aun en forma negligente o imprudente. En este estado, el Sr. Presidente ordena que en el marco del artículo 366 del CPP se proceda a dar lectura por Secretaría de la totalidad de las diligencias que se ennumeran a continuación, incorporándose por ese medio o por su exhibición—según el caso—, al debate, conforme lo establecido por el artículo 366 del CPP y lo resuelto a fs. 288/292 via. de las presentes actuaciones, los siguientes elementos probatorios, a saber: placas fotográficas de fs. 21/23, 92/97 y 104, nómina de personal de fs. 18/vta, fotocopias de registro interno de fs. 29/47, fotocopias de inspección de fs. 48/51, plano ilustrativo de fs. 7/8, acta de fs. 1/6, informe planimétrico de fs. 91, informe técnico pericial de fs. 90/vta, y declaración prestada por el imputado a fs. 215/216 a tenor de lo normado por el artículo 308 del CPP. A esta altura, por Secretaría se informe de los testigos, que habiendo sido propuestos, aún no han comparecido a la sede del Tribunal, refiriendo las partes en consecuencia que desisten de los testimonios de R. C., A. S., R. A., P. A., D. P., L. M., H. S., J. S., A. C., J. G., L. C., J. L. P., D. D., R. V., M. C., H. A. S., J. R., G. S., J. C., E. Z. G., E. C., M. S., R. C. J. V. y A. B. En relación a M., el Sr. Fiscal refiere no desistir hasta el momento pese a su ausencia, destacando que el mismo se halla debidamente notificado, y refiriendo que durante el transcurso del debate evaluará la posibilidad de petitioner su comparendo por la fuerza pública o eventualmente desistir también de su testimonio. Respecto de F. M., el Sr. Fiscal refiere contar con un informe donde se hace saber que el mismo es desconocido en su domicilio, motivo por el cual solicita que el testimonio prestado en la IPR, sea incorporado por lectura.

Ante ello solicita que el Sr. Fiscal le permita observar el informe aludido, tras lo cual refiere oponerse a la incorporación por lectura pretendida por el Sr. Fiscal por entender que no se dan los supuestos del artículo 366 del CPP por no haber cumplido el Sr. Fiscal con todas las instancias a su cargo para fundar su

petición. Seguidamente el Dr. Aquino hace entrega de la constancia que refiere que el testigo M. es desconocido en el domicilio denunciado desde hace al menos siete años a la fecha.

Ante lo expuesto, el Tribunal resuelve pasar a deliberar en relación a lo peticionado. Siendo las 11:00 hs, y habiendo deliberado, por Secretaría se hace saber que el Tribunal *ha resuelto*:

I) Tener por desistidos a testigos que las partes mencionaron en tal sentido, siendo los mismos R. C., A. S., R. A., A. R., P. A., D. P., L. M., H. S., J. S., A. C., J. G., L. C., J. L. P., D. D., R. V., F. M., M. C., H. A. S., J. R., G. S., J. C., E. Z. G., E. C., M. S., R. C., J. V. y A. B.

II) *No hacer lugar* a la petición introducida por el Dr. Aquino, por no haber agotado las instancias a su alcance para hallar al testigo, y por ello no resulta procedente incorporar por lectura su testimonio, por no darse los supuestos previstos por el artículo 366, inciso 3° del CPP. Así las cosas, siendo las 11:02 hs se procede a recibir declaración a los testigos ofrecidos y citados para el día de la fecha con ese alcance, declarando seguidamente y en el orden que se expone:

I) O. A. K., quien manifestó ser titular del DNI Nº 12.928.215 y acreditó identidad exhibiéndolo, de nacionalidad argentina, estado civil casado, con domicilio en la calle Malabia Nº 2310 de Boulogne, de 45 años de edad, de profesión policía, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifestaban que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire.

Seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo a 2) D. I. G., quien manifestó ser titular del DNI Nº 24.922.477 y acreditó su identidad exhibiéndolo, de nacionalidad argentina, estado civil soltero, con domicilio en la calle Luján Nº 769 de Loma Hermosa, del partido de 3 de Febrero, de 28 años de edad, de profesión policía, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". A esta altura, a pedido del Sr. Fiscal y por orden de

presidencia se deja constancia que el testigo refirió que al ingresar al sector de calabozos y al ver al imaginaria, advirtió que éste no estaba enterado de nada, no había notado nada. Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifestaban que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire. A esta altura, el Sr. Defensor particular informa que su asistido tiene descos de prestar declaración. Así las cosas, previo recordarle sus derechos, la manda de los artículos 308, 309, 310 y concordantes del CPP y las garantías constitucionales que lo asisten, se invita a deponer al Sr. R. A. C., quien manifestó que: "el día que pasó todo esto, yo me dirigí a la Departamental de Tigre para buscar un abogado que me defendiera, y allí me dijeron que no me podían defender. Entonces me paró un comisario y me dijo que declare que fue todo negligencia, ello en contra de lo que me decía la defensora". Destacó además que por el contrario, su compañero fue asesorado y defendido. Manifesta que nunca tuvo una acción negligente. Lo único que hizo fue cumplir con su función de imaginaria, conviviendo prácticamente con estos señores, hallándose cuatro horas en el lugar sin tener derecho ni aun a ir al baño, pese a que los relevos son cada dos horas. Refirió que al ingresar al sector, él debió despertar al imaginaria saliente, destacando que observó que las frazadas y sábanas ya estaban allí. Tiene 19 años en la fuerza, siempre tuvo una conducta y un legajo intachables. "Para mí el uniforme es lo más sagrado que tengo". "El día domingo me presento a la comisaría para tomar el servicio. Al momento de llevar a cabo el relevo, recibo las llaves de L., despertando al imaginaria saliente que era el cabo primero F. Observo prendas colgadas en los barrotes, frazadas, sábanas. Eso era diario. Se escuchaba el extractor de aire encendido". Al preguntar desde cuándo estaba encendido, el imaginaria saliente le informa que estaba encendido desde las 2 de la mañana a pedido de los internos. A las 20:50 se hace presente L., y le informa G. que tomó conocimiento por referencias de un vecino que había visto una silueta por los techos. Al ingresar a los calabozos advirtió que los barrotes estaban cortados. L. desapareció sin hacer las inspecciones que correspondían.

Una vez que se constata la evasión recién llaman a la casa de L., donde su hijo le refiere que estaba en el cuarto. Este funcionario está sospechado judicialmente e hizo presión administrativa hasta la fecha. Por L. tomó conocimiento que dicho personal se retiró en un remis que lo estaba esperando en la dependencia. Por otro lado refiere que el vecino señaló que al observar una silueta correr agazapada por los techos, efectuó un llamado a la seccional policial, con resultado negativo y que luego de ello decidió dirigirse a la seccional. A esta altura, y a preguntas del Sr. Fiscal, se deja constancia de que C. manifestó que: Ingresó a las 17:00 hs. No le fue informada ninguna novedad en relación a la

población. Tomé el servicio. "La llave me la da L., quien no me acompañó al sector. En ese momento despierto a F., el imaginaria saliente, quien se retira llevándose las llaves. Al ingresar ya observó las frazadas y sábanas colgadas, los cuales, a lo largo tapaban un sector donde se encuentra una pared, pero no todo el ventanal". Destaca además que no había gente para relevarlo, porque hubo problemas en la calle por la violación de un chico. Debían relevarlo a las dos horas, pero por el motivo expuesto no lo había ido a relevar. Dijo que "nunca se cumple el relevo como debe cumplirse". En relación a la obstrucción de visión efectuada por las frazadas o sábanas, refiere que ya estaban anteriormente a su llegada y que es algo común que allí se encuentren colocados dichos elementos, por eso no dijo nada al imaginaria saliente de la presencia de tales prendas. Destaca que observó detenidos en el patio de recreo, con actitud normal desde su lugar y óptica. Los detenidos estaban en el patio o el calabozo, mirando televisión o jugando a las cartas. En ningún momento vio personas dirigirse al lugar donde se hallaban las mantas. Nunca tuvo contacto con los detenidos. Durante ese tiempo los detenidos no le efectuaron ningún tipo de requerimiento.

Habiendo finalizado la declaración y no teniendo otra cosa que agregar, ni las partes que preguntar, finaliza la declaración del imputado, y seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo a 3) J. A. R., quien manifestó ser titular del DNI Nº 11.096.016 y acreditó su identidad exhibiéndolo, de nacionalidad argentina, estado civil casado, con domicilio en la calle 145 y 146 de La Plata, de 50 años de edad, de profesión policía, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, estas manifestaron que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire.

Seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo a 4) J. J. R., quien manifestó ser titular del DNI Nº 20.860.489 y acreditó su identidad exhibiendo credencial de policía legajo Nº 147508, de nacionalidad argentina, estado civil soltero, con domicilio en la calle Balcarce Nº 2070 de Martínez, de 35 años de edad, de profesión policía, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr.

Presidente a las partes, éstas manifiestan que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire. A esta altura se lleva a cabo un cuarto intermedio de 10 minutos.

Siendo las 12:05, se reinicia la audiencia, invitándose a deponer en carácter de testigo a 5) C. A. C., quien manifestó ser titular del DNI Nº 22.111.690 y acreditó identidad exhibiendo credencial de policía legajo Nº 140223, de nacionalidad argentina, estado civil casado, con domicilio en la calle Esquel Nº 1380 de Quilmes, de 33 años de edad, de profesión policía, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". A esta altura a preguntas del Sr. Fiscal y pedido de éste, se deja constancia de que el testigo refirió que los detenidos alojados en la seccional pueden colgar la ropa en los laterales y no sólo delante del ventanal. A esta altura, se deja constancia que ante preguntas del Dr. García Mañón, el testigo refirió que para evitar los problemas que se suscitaban con los detenidos cuando les exigían que sacaran las prendas, sábanas o frazadas que colgaban—ejemplo motines—, recibieron órdenes de la superioridad de no exigir dicha conducta, es decir, que por orden de los superiores, no exigían a los detenidos que quitaran las prendas para evitar conflictos con los internos. Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifiestan que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire.

Seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo a 6) L. J. L., quien manifestó ser titular del DNI Nº 22.247.994 y acreditó su identidad exhibiendo credencial policial legajo Nº 150289, de nacionalidad argentina, estado civil casado, con domicilio en la calle Belgrano Nº 2699 de Don Torcuato, de 31 años de edad, de profesión policía, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifiestan que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire.

Seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo a 7) G. V. R., quien manifestó ser titular del DNI Nº M4.152.651 y acreditó identidad exhibiéndolo, de nacionalidad argentina, estado civil casado, con domicilio en la calle Río-

bamba Nº 87 de Beccar, de 69 años de edad, de profesión jubilado, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifiestan que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire.

Seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo a 8) A. R. D., quien

manifestó ser titular del DNI Nº M8.207.468 y acreditó identidad exhibiéndolo -duplicado-, de nacionalidad argentina, estado civil casado, actualmente separado, con domicilio en la calle Billinghamurst Nº 2065 de Beccar, partido de San Isidro, de 54 años de edad, de profesión comerciante, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". A esta altura, se deja constancia por petición del Dr. Aquino que el testigo refirió que dos horas serían necesarias para cortar las hileras de barrotes y la chapa del techo con una navaja de pelo. En esta oportunidad, por pedido del Dr. García Mañón, se deja constancia de que el testigo refirió que supone que se necesitan varios días trabajando para efectuar el boquete. En esta oportunidad y nuevamente a pedido del Sr. Fiscal se deja constancia de que el compareciente dijo que si un grupo de 15 personas -como el número de los detenidos fugados de la seccional de Beccar- trabajan para efectuar el boquete, y se van turnando, pueden terminar el trabajo en dos horas. Por último y ante las preguntas del Dr. García Mañón se deja constancia de que el testigo refirió que tenía un amigo, que en la fecha del hecho se hallaba detenido y alojado en la seccional de Beccar, llamado C., quien le refirió que el boquete se llevó a cabo en varios días de trabajo. Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifiestan que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire.

Seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo a 9) N. O. R., quien manifestó ser titular del DNI Nº 25.203.427 y acreditó identidad exhibiéndolo, de nacionalidad argentina, estado civil casado, con domicilio en la calle Intendente Neyer Nº 1861 de Beccar, de 28 años de edad, de profesión empleado, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se

instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". A esta altura, ante preguntas del Sr. Defensor y pedido del Dr. García Mañón se deja constancia de que el testigo refirió que había un extractor de aire que generaba mucho ruido, se hallaba permanentemente prendido. A preguntas de otros ruidos permanentes en el lugar refiere que escuchaban cambio, y a muy fuerte volumen. Asimismo hizo saber que si necesitaban algo del imaginaria, le golpean el vidrio para llamarlo. No lo llamaban con su voz y golpeaban el vidrio, porque los imaginarias dormían, sobre todo "ése" —indicando a R. A. C.—. Por último refirió que en diversas oportunidades les fue requerido que sacaran la ropa que colgaban. Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifestaban que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire. A esta altura, preguntado que fue el Sr. Fiscal, el mismo refirió que desiste del testimonio del Sr. E. R. M., lo que *se tiene presente*. A esta altura y restando oír sólo a un testigo —el cual se encuentra detenido y debe ser conducido a la sala de audiencias desde la Alcaldía Dptal., se dispone la realización de un cuarto intermedio de diez minutos.

Así las cosas, siendo las 13:10 y para finalizar se invita a deponer al último de los testigos propuestos, siendo el mismo el Sr. 10) P. D. R., quien manifestó ser titular del DNI Nº 24.310.843, de nacionalidad argentina, estado civil soltero, con domicilio en la calle Warnes Nº 3447, expresando no poseer vínculo de parentesco o interés con las partes, a quien se instruye de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se da lectura por Secretaría de los artículos 275 y 276 del Cód. Pen., y presta juramento de decir verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, de acuerdo a sus creencias y convicciones cívicas, manifestando al respecto "Lo juro". Concluida la declaración del testigo y a preguntas del Sr. Presidente a las partes, éstas manifestaban que no necesitan la permanencia del mismo por lo que se dispone por Presidencia que se retire. Seguidamente, se invita a deponer en carácter de testigo. A esta altura, siendo las 13:20 hs, y habiéndose finalizado la prueba, el Sr. Presidente consulta a las partes sobre la necesidad de llevar a cabo un cuarto intermedio previo a alegar, disponiendo en consecuencia la realización del mismo hasta las 13:45 hs.

En esta oportunidad, siendo las 13:54 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 368 del CPP, confiere la palabra al Sr. Agente Fiscal, para que alegue y formule su acusación, quien expresa: que en opinión de la Fiscalía a través de los elementos cuya incorporación fuera dispuesta por lectura más los testimo-

nios escuchados en el debate, se ha reconstruido históricamente el favorecimiento de evasión ocurrido en fecha 29 de octubre del año 2000 en la comisaría de Beccar. Adelanto desde ya que la calificación jurídica que ha de atribuir al mismo, es diferente a la que sustentara al momento de formular los lineamientos de su acusación. Ha habido negligencia por parte del aquí imputado. Destaca para ello el lugar en el que el mismo se encontraba desempeñando la función de custodia de detenidos. Valora también la cantidad de detenidos fugados. Otro elemento que señala es el testimonio de D. en cuanto al tiempo en que se habría ejecutado la rotura de las rejas y la chapa, el cual estimó en dos horas, es decir, que no fue lo suficientemente rápido como para que el imputado no se haya dado cuenta de lo que ocurría. No tomó ninguna medida en pos de realizar eficiente-mente el control de los detenidos. El otro imaginaria, a modo de ejemplo, relató que en varias oportunidades ordenó el retiro de mantas. K. mencionó puntualmente la existencia de las mantas. El testigo R. dijo a su vez que en más de una oportunidad, vio que C. se encontraba durmiendo. Fue negligente la conducta de C. Destaca sus propias manifestaciones en oportunidad de prestar declara-ción a tenor del artículo 308 del CPP las cuales se encuentran incorporadas por lectura. Hay entonces un factor negligente. No advierte la existencia de eximen-tes de responsabilidad ni causales de justificación o inimputabilidad. Merece una sanción penal por hacer incurrir en una actitud negligente. No advierte agravantes, y como atenuantes, pondera la falta de antecedentes. Como pena, solicita se le imponga la multa de 1.000 pesos por la figura que introduce el artículo 281, inciso 2º del Cód. Pen. Otorgada la palabra al Sr. Defensor Particular, éste manifestó: que no cualquier conducta negligente puede ser condenada. Su defendido explicó cómo fue ese día su trabajo y lo relacionado con las mantas colgadas en el patio, lo cual dijo que era habitual. Hay numerosas irregularidades. Ocurrido el hecho tenemos la intervención del Comisario Ins-pector S., quien asignó roles a las personas que estaban en la dependencia. K., por ejemplo, estuvo en algún momento sospechado por este hecho. El hijo, siempre, se corta por lo más delgado. El actuar de su defendido no se encuentra comprendido dentro del artículo 281, segundo párrafo del Cód. Pen. El testigo D., por ejemplo, nos refirió que había una persona, C., amigo de él, y que estaba detenido en Beccar, la cual le dijo que la fuga había sido planificada desde días antes a su concreción. C. jamás supuso que algo así podría llegar a ocurrir. No cualquier omisión hace incurrir a una persona en este artículo del Cód. Pen. Existe un reglamento de comisarias, subcomisarias y destacamentos donde se establece que cuando hay un relevo, debe hacerse una inspección de calabozos. No se encuentra debidamente acreditado el nexo causal entre la conducta de su defendido y la fuga de detenidos. No podemos entonces sancionar a C. por la

actitud que llevó a cabo. Puede ser sancionado administrativamente pero jamás penalmente. Es por ello que pide su absolución. Acto seguido, conforme a lo dispuesto por el artículo 368, 6° párrafo del CPP, el Sr. Presidente hizo saber sus derechos al imputado, preguntándole si tenía algo que agregar, manifestando que: empezó a los quince años a trabajar. Ingresó a la policía no por necesidad sino por vocación. Tiene un legajo y una actitud intachables, hasta que me pasó esto. En 19 años de actividad, no tuvo nunca ninguna queja. El uniforme para mí es muy sagrado, nunca haría nada para deshonrarlo. Cumpliendo con lo preceptuado en el 7° párrafo del artículo 368 del CPP, el Sr. Presidente convocó a las partes para el próximo martes 19 de octubre del año en curso a las 13:00 hs, fecha en la que se procederá a dar lectura por Secretaría del veredicto y sentencia a la que se haya arribado, retirándose el Tribunal a los fines de deliberar al respecto. Se deja constancia de que las partes manifestaban expresa conformidad, quedando así debidamente notificadas. En este estado, siendo las 14:15 hs, el Sr. Presidente da por finalizada la Audiencia, firmando los Sres. Jueces, el Sr. Fiscal, el Sr. Defensor y el imputado por ante mí de lo que doy fe.

Gonzalo Aquino, Fiscal Adjunto.

Sentencia

San Isidro, 15 de octubre de 2004.

Antes y vistos:

Reunidos tras celebrar Audiencia Secreta los Sres. Jueces integrantes del Tribunal en lo Criminal Nº 1 de San Isidro, Dres. Juan Carlos Tarsia, Carlos Gustavo Olazar y Ernesto A. A. García Mañón, con la presidencia del nombrado en primer término y la presencia del Sr. Secretario, Dr. Alberto A. Ortolani, con el objeto de deliberar a los fines de dictar veredicto (art. 371, CPP) en la presente causa registrada bajo el Nº 6525, registro interno de este Tribunal Nº 677/01, seguida a R. A. C., titular del DNI Nº 12.151.363, de nacionalidad argentina, de estado civil casado, nacido el día 20 de febrero de 1958 en Resistencia, Provincia de Chaco, con domicilio en calle Gutiérrez Nº 2248, inscripto, empleado policial, hijo de F. y de D. A., con expte. Nº U87018 de la Dirección Nacional de Reiniciencia y Estadística Criminal y Pronuario Nº 1.034.393 de la División Antecedentes de la Policía de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. Habiéndose practicado el correspondiente sorteo, resultó desinsaculada para votar en primer término el Dr. Carlos S. Olazar, en segundo lugar el Dr. Ernesto A. A. García Mañón, y por último el Dr. Juan Carlos Tarsia y habiéndose arribado a Acuerdo, el Tribunal en Pleno y por unanimidad entiende que:

Y resulta:

I) Que en fecha 14 del corriente mes y año se celebró Audiencia de Debate en las presentes actuaciones, en las cuales se investiga al Sr. R. A. C. por la presunta comisión del delito de favorecimiento de evasión.

II) En dicho acto, el Sr. Fiscal interviniente, Dr. Gonzalo Aquino, formuló su acusación y alegó sobre la prueba producida, solicitando que al momento de dictarse sentencia se condene al aquí imputado, R. A. C., a la pena de multa de mil pesos, por resultar autor penalmente responsable del delito de favorecimiento de evasión culposo, conforme lo normado por el artículo 281, segundo párrafo del Cód. Pen.

III) Por su parte, el Sr. Defensor Particular, interviniente, Dr. Sergio Doures, evacuó su defensa alegando sobre la prueba ofrecida, manifestando que aun para el caso de que la conducta de C. sea merecedora de alguna sanción administrativa, no existe relación de causalidad que una a la misma con la evasión producida en fecha 29 de octubre del año 2000, solicitando en consecuencia se absuelva libremente y sin costas a su pupilo en relación al hecho por el cual fue acusado. IV) Conferida que le fue la palabra al procesado R. A. C., a tenor del artículo 368, 6º párrafo del CPP, el mismo manifestó que empezó a los quince años a trabajar. Ingresó a la policía no por necesidad sino por vocación. Tiene un legajo y una actitud intachables, hasta que me pasó esto. "En 19 años de actividad, no tuve nunca ninguna queja. El uniforme para mí es muy sagrado, nunca haría nada para deshonrarlo".

V) En consideración a lo expuesto, estas actuaciones se hallan en condiciones de ser falladas.

Y considerando:

Que se fijan las cuestiones a decidirse, resultando ellas:

- 1) ¿Se ha acreditado la existencia del hecho en su exteriorización material?
- 2) ¿Se ha acreditado la participación del procesado en el mismo?
- 3) ¿Existen eximentes?
- 4) ¿Se han verificado atenuantes?
- 5) ¿Han concurrido agravantes?

1) A la primera de las cuestiones de mención, el Dr. Carlos Gustavo Olazar dijo:

Que tras la consulta de las constancias incorporadas a la presente durante la Instrucción Penal Preparatoria y la Audiencia de Debate celebrada en autos, corresponde citar los siguientes elementos para su análisis:

a) Acta de fs. 1/6, en la que se da cuenta que el día 29 de octubre de 2000,

siendo las 23:00 horas, el Comisario Inspector A. E. S. constata la fuga de detenidos de la seccional de Beccar, advirtiéndose que ello sucedió previo violentar dos rejas que cubren el patio del sector de calabozos, logrando evadirse 15 de los 23 detenidos penales alojados en la dependencia, identificándose a los mismos.

b) Placas fotográficas de fs. 21/23 y 92/9, las cuales ilustran el sector de los calabozos, pudiéndose observar en las mismas los daños provocados por los internos para evadirse de su lugar de detención.

c) Informe técnico pericial de fs. 90/vta., en el cual el Sargento H. S., Auxiliar Perito en Levantamiento de Rastros, constata en el sector de los calabozos, sobre el techo del sector de recreación, la existencia de un agujero de aproximadamente 35 por 50 cm, para lo cual se habían violentado varillas de metal de las rejas del techo.

d) Declaración testimonial de O. K., Subcomisario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto nos refirió en la audiencia de debate que tomó conocimiento de los hechos materia de investigación "pasadas las 21:00 horas", al requerir su presencia en la Comisaría de Beccar el Oficial G., numerario de la misma, constatando una vez en el lugar, que por el patio interno de la dependencia y tras cortar una chapa, se habían evadido varios internos alojados en la misma.

e) Declaración testimonial de A. R. D., persona ésta que efectuó el peritaje del lugar por el cual se evadieron los detenidos alojados en la Comisaría de Beccar, refiriendo que para que esto último sucediera, los internos cortaron dos hileras de barrote de hierro 16 y un techo de chapa, tipo rejilla, agregando que la chapa estaba doblada, "de adentro hacia fuera". Refirió asimismo que en más de una oportunidad le manifestó a M. -Subcomisario Profesional y Delegado de Dirección de Obras de la Jefatura Departamental- que el lugar era "apto para la fuga" (sic), recibiendo como respuesta por parte de este último que "por los Derechos Humanos, los detenidos tenían que tener un lugar de luz y aire" (sic).

f) Declaración testimonial de G. V. R., persona ésta que como vecino del lugar, se presentó aproximadamente a las 22:00 horas en la comisaría de Beccar denunciando que momentos antes, en oportunidad de encontrarse cenando junto a su esposa, "escuchó un ruido, como un golpe" (sic), pudiendo ver, "al mirar de costado", entre dos o tres bultos que pasaban agazapados, corriendo.

g) Declaración testimonial del Oficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, D. G., quien reconoció haber tomado conocimiento de la fuga de presos producida en la comisaría de Beccar el día 29 de octubre del año 2000, recién cuando G. V. R. se presentó en la dependencia, no habiendo constatado

hasta entonces anormalidad alguna. Refirió asimismo que "sobre el techo, había una frazada vertical desde el costado izquierdo, y perpendicularmente, se veían varias ropas colgadas, lavadas" las cuales obstruían la visión del imaginaria, quien según los dichos de G., se enteró también allí de lo que había sucedido momentos antes.

h) Declaración testimonial del Cabo 1º C. A. C., quien al ser preguntado sobre el particular, refirió que "en cada relevo no se pueden inspeccionar los calabozos, tan sólo se puede preguntar al imaginaria saliente cuántos detenidos hay" (sic). Dijo asimismo que era habitual que los detenidos lavaran y colgaran la ropa en el lugar, y que si bien con ello le obstaculizaban la visión, se les permitía hacerlo, siendo ésta la recomendación emanada de la superioridad para evitar problemas con los reclusos.

En atención a lo expuesto precedentemente, y valorados que fueran los elementos traídos a análisis, por ser ello mi libre y sincera convicción, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, considero demostrado que el día 29 de octubre del año 2000, siendo aproximadamente las 21:30 horas, quince detenidos alojados en los calabozos de la Comisaría de Beccar, sita en calle Posadas N° 66 de la localidad de Beccar, partido de San Isidro, lograron evadirse de la misma, favorecidos para ello por la falta de control policial suficiente.

De esta manera, encuentro plenamente acreditada la existencia del hecho que me ocupa en su exteriorización material, siendo de aplicación al caso lo normado por los artículos 209, 210, 212, 214, 217, 226, 232 y concordantes, 244 y concordantes, 367 y 371, inciso 1º del CPP. Voto por la afirmativa.

A la primera de las cuestiones de mención, el Dr. Ernesto A. A. García Mañón dijo:

Adhiero al juez del primer voto, por los mismos motivos y fundamentos y por ser ella mi libre y sincera convicción. Artículos 209, 210, 212, 214, 217, 226, 232 y concordantes, 244 y concordantes, 250 y concordantes, 367 y 371, inciso 1º del CPP. Voto por la afirmativa.

A la primera de las cuestiones de mención, el Dr. Juan Carlos Tarsia dijo:

Adhiero al juez del primer voto, por los mismos motivos y fundamentos y por ser ella mi libre y sincera convicción. Artículos 209, 210, 212, 214, 217, 226, 232 y concordantes, 244 y concordantes, 250 y concordantes, 367 y 371, inciso 1º del CPP. Voto por la afirmativa.

II) A la segunda de las cuestiones de mención, el Dr. Carlos Gustavo Olazar dijo:

Tras el análisis del material fáctico abastecido por las piezas procesales

incorporadas a la presente durante la Instrucción Penal Preparatoria y la audiencia de debate celebrada en autos, debo comenzar diciendo que a mi juicio, el Sr. Fiscal no ha logrado probar con la certeza que la instancia requiere que la conducta desplegada por el aquí imputado se encuentre alcanzada por las previsiones del artículo 281, 2º párrafo del Código sustantivo.

Y digo ello a partir de que en modo alguno puede afirmarse que la evasión de detenidos acaecida el día 29 de octubre del año 2000 en la seccional de San Isidro 5ª, Beccar, se haya producido "por negligencia del imputado C."

Hay un hecho cierto, probado, que no merece discusión alguna, y es que la evasión en cuestión se produjo en momentos en que C. cumplía funciones de imaginaria en el lugar de los hechos.

Ahora bien, esa sola circunstancia, desprovista de un actuar negligente de su parte, no puede hacerlo responsable de reproche penal alguno.

Y por qué digo que su actuar no ha sido negligente?

En primer lugar, he de apoyarme en la propia declaración prestada por el inculpado, quien en el marco de la audiencia de debate celebrada en autos manifestó que "...nunca tuvo una acción negligente. Lo único que hizo fue cumplir con su función de imaginaria, conviniendo prácticamente con estos señores, hallándose cuatro horas en el lugar sin tener derecho ni aun a ir al baño, pese a que los relevos son cada dos horas. Refirió que al ingresar al sector, él debió despertar al imaginaria saliente, que era el Cabo F., destacando que observó que las frazadas y sábanas ya estaban allí [...] Observo prendas colgadas en los barrotes, frazadas, sábanas. Eso era diario. Se escuchaba el extractor de aire encendido. Al preguntar desde cuándo estaba encendido, el imaginaria saliente le informa que estaba encendido desde las 2 de la mañana a pedido de los internos. A las 20:50 se hace presente L., y le informa G. que tomó conocimiento por referencias de un vecino que había visto una silueta por los techos. Al ingresar a los calabozos advirtió que los barrotes estaban cortados. L. desapareció sin hacer las inspecciones que correspondían [...] que ingresó a las 17:00 hs. No le fue informada ninguna novedad en relación a la población [...]. Al ingresar ya observó las frazadas y sábanas colgadas, los cuales, a lo largo tapaban un sector donde se encuentra una pared, pero no todo el ventanal. Destaca además que no había gente para relevarlo, porque hubo problemas en la calle por la violación de un chico. Debían relevarlo a las dos horas, pero por el motivo expuesto no lo habían ido a relevar [...] En relación a la obstrucción de visión efectuada por las frazadas o sábanas, refiere que ya estaban anteriores a su llegada y que es algo común que allí se encuentren colocados dichos elementos, por eso no dijo nada al imaginaria saliente de la presencia de tales

prendas. Destaca que observó detenidos en el patio de recreo, con actitud normal desde su lugar y óptica. Los detenidos estaban en el patio o en el calabozo, mirando televisión o jugando a las cartas. En ningún momento vio personas dirigirse al lugar donde se hallaban las mantas. Nunca tuvo contacto con los detenidos. Durante ese tiempo los detenidos no le efectuaron ningún tipo de requerimiento...

Las distintas defensas esgrimidas por el imputado no resultan ser sólo conjeturas personales del nombrado, sino que, y por el contrario, encuentran sustento y apoyatura en las distintas constancias de la causa.

Así, probado está que C. comenzó a cumplir sus funciones de imaginaria, a partir de las 17:00 horas del día 29 de octubre del año 2000.

Pese a que debía ser relevado dos horas más tarde, es decir, a las 19:00 horas, permaneció en su puesto de trabajo hasta pasadas las 21:00 horas.

Durante ese período, nada indica o hace presumir que el mismo se haya apartado de las más mínimas y elementales reglas de actuación en el ejercicio de su labor.

De los distintos elementos probatorios colectados, surge que para posibilitar su huida, los internos debieron cortar dos hileras de barrotes de hierro 16 y un techo de chapa rejilla.

No haber advertido tal accionar en modo alguno puede reprochársele a C. Y digo ello en base a la circunstancia de que sobre dicho tópico se impone un interrogante que no ha podido ser zanjado hasta el día de hoy al desconocerse el momento en que se produjo la rotura por parte de los internos del techo de chapa existente en el patio de la dependencia.

Si la última inspección realizada sobre el sector de los calabozos data del día 27 de octubre del año 2000 a las 22:35 horas, conforme surge del acta de fs. 48, la cual fuera incorporada al juicio a través de su lectura, y no se constató por entonces irregularidad alguna, ¿cuándo se produjo la apertura del "boquete" por la cual fugaron los internos?

No olvidemos que en la audiencia de debate el testigo A. R. D. relató que uno de los detenidos alojados en la comisaría de Beccar al momento de producirse la evasión ya conocida, al que identificó por su apellido -C.- le refirió que "el corte de las barras de hierro y de la chapa" que cubrían el sector de patio de la dependencia, "se hizo durante varios días" (sic).

Afirmar entonces que ello sucedió durante la guardia del imaginaria C. no deja de ser sólo una posibilidad que no encuentra confirmación en ningún elemento de la causa.

Probado pues que no se realizaron inspecciones los días 28 y 29 de octubre

del año 2000 y que no está entre las funciones u obligaciones del imaginaria hacerlo, ¿qué reproche podemos efectuarle al imputado C. en relación a los daños provocados por los internos para facilitar su fuga del lugar, si ignoramos cuándo se efectuaron los mismos?

Ciertamente, ninguno.

Bien lo sostuvo en la audiencia de debate el Cabo 1º C. A. C., quien al momento de ser interrogado en la audiencia de debate refirió que "en cada relevo no se pueden inspeccionar los calabozos, por falta de personal, sino que tan sólo se pregunta al imaginaria saliente cuántos detenidos hay" (sic).

Y ello fue precisamente lo que hizo C.

Lo que sí no advirtió C. fue la fuga en sí misma y frente a ello, estimo conveniente efectuar algunas consideraciones que en mi opinión, lo eximen de responsabilidad.

En primer lugar, era habitual que los internos colgaran sus prendas de vestir y las sábanas sobre la reja que divide el patio de la dependencia con el lugar donde se encuentra el puesto del imaginaria, y que ello, en mayor o menor medida de acuerdo a las circunstancias del momento, obstaculizan la visión del mismo.

Esta circunstancia fue reconocida por todos los funcionarios policiales que prestaron su testimonio en la audiencia de debate. Se reconoció como algo moral, y hasta permitido, surgiendo inclusive claramente de las distintas tomas fotográficas cuya incorporación por exhibición fuera oportunamente dispuesta (ver Nº 1, 2, 3 y 9 de fs. 21/23 y 3, 4, 11 y 12 de fs. 92/97).

Puedo citar a modo de ejemplo el testimonio del Cabo C. A. C., quien sobre el particular se pronunció en la audiencia de debate diciendo que "era habitual que los detenidos cuelguen su ropa allí, ya que no hay otro lugar para hacerlo", agregando que "para evitar problemas no se las hacen sacar" (sic), siendo ésta la recomendación emanada de la superioridad.

También fueron escuchados los testimonios de N. R. y de P. D. R., personas éstas que al momento de los hechos se encontraban detenidas en la seccional de Beccar.

El primero de los nombrados, declaró que "al lado de la ventana del imaginaria, cerca, había una cortina grande" (sic), así como que "también había ventilador o extractor de aire, que estaba siempre encendido y hacía un ruido fuerte" (sic), agregando por último que "era habitual que escucháramos música, cumbia, siempre alta" (sic).

Todas estas circunstancias, reconocidas por R. y que no podían ignorar los superiores jerárquicos del imputado, evidentemente obraron en perjuicio

de C. al punto de no permitirle advertir que a pocos metros de distancia se estaba produciendo una fuga de detenidos.

Ahora bien, si todas esas cosas eran habituales en la vida diaria de los internos, y hasta estaban permitidas por la superioridad como una forma de mantener una buena relación y convivencia entre los reclusos y el personal policial, ¿por qué responsabilizar a C. del lamentable y no querido por éste resultado conocido?

En cuanto a la incriminación efectuada por el entonces detenido R., quien refirió que el aquí imputado "dormía todo el día en ocasión de cumplir su función de imaginaria, y que por ello cuando necesitaban llamarlo debían golpear la ventana del recinto que ocupaba", debo decir, que ello no es más que una manifestación aislada, que no encuentra aval en ningún otro testimonio o constancia de la causa.

Así, puedo mencionar el testimonio de P. R., persona ésta que al igual que R. se encontraba detenido alojado en la comisaría de Beccar, quien preguntado que fue para que diga si en algún momento vio a algún personal policial de imaginaria dormido, respondió textualmente "dormido no vi nunca a un imaginaria" (sic).

Resulta poco relevante entonces la afirmación hecha por R., más desde el momento en que eventualmente lo que interesaría es en qué situación o estado se encontraba C. al tiempo de producirse la evasión.

Tal circunstancia dificilmente el testigo la sepa, toda vez que el mismo refirió haberse dormido a las 17:00 horas del día 29 de octubre del año 2000 para despertarse cerca de las 21:30 horas, cuando todo había sucedido ya.

Como bien lo sostuvo al tratar la primera de las cuestiones, en cuanto al relato del hecho materia de investigación en su exteriorización material, la evasión de los detenidos de la comisaría de Beccar se vio favorecida por la falta de control policial suficiente.

Y esa falta de control, no estuvo dada por la actuación del aquí imputado, sino por la ausencia de inspecciones de calabozos más exhaustivas y una construcción no apta para tal fin. Evidentemente, una dependencia policial no es el lugar más propicio para el alojamiento de detenidos, entendiéndolo así también las autoridades legislativas de esta Provincia al sancionar la ley Nº 13.204. Repárese en que al momento de los hechos, en las instalaciones de la misma—por demás reducida si tomamos en consideración los gráficos plantamétricos cuya incorporación por lectura al juicio fuera oportunamente dispuesta—convivían nada menos que veintitrés reclusos, frente a los cuales, una sola persona—el imaginaria—estaba destinado para su custodia, ocupando un lugar poco propicio para la función.

Sostengo ello sobre la base del testimonio prestado por el Subcomisario K., quien expresó que "el imaginaria estaba en un recinto cerrado, vidriado, desde el cual no tiene visión directa a los calabozos, sólo ve el patio" (sic).

Por último, párrafo aparte merecen las consideraciones vertidas por A. R.

D., persona ésta contratista en construcciones, quien refirió que en más de una oportunidad le manifestó a M.—Subcomisario Profesional y Delegado de Dirección de Obras de la Jefatura Departamental—que el lugar—en referencia al sector

por el cual se evadieron los detenidos—y dadas sus características de edificación, era "apto para la fuga" (sic), recibiendo como respuesta por parte de este último que "por los Derechos Humanos, los detenidos tenían que tener un lugar de luz y aire" (sic).

Así las cosas, me permito concluir sosteniendo que los elementos valorados, me llevan a afirmar que no se encuentran presentes los extremos fácticos que habilitan a tener por alcanzado el grado de certeza necesario para arribar, conforme lo adelantara, a un pronunciamiento positivo en esta cuestión, no habiendo logrado el Sr. Fiscal, repito una vez más, destruir en base a los presupuestos del artículo 367 del CPP el estado de inocencia del que goza el imputado.

En consecuencia, en honor al análisis de los elementos invocados me conducen a votar por la negativa, circunstancia que amerita proceder conforme lo normado por el artículo 371, párrafo 3° del CPP, propiciando dejar sin efecto el tratamiento de las demás cuestiones.

Por último, corresponderá regularse los honorarios profesionales del Dr. Sergio Doutrés por sus trabajos en la instancia en la suma de 60 JUS, con más los aditamentos de ley, de conformidad a los preceptos del artículo 9° de la ley 8904.

Esas es mi libre y sincera convicción. Artículos 210, 367—a contrario sensu—, 371, inciso 2° y párrafo 3°, 373 del CPP. *Así lo voto.*

A la segunda de las cuestiones de mención, el Dr. Ernesto A. A. García Mañón, manifestó:

Adhiero al juez del primer voto, por los mismos motivos y fundamentos y por ser ella mi libre y sincera convicción. Artículos 210, 367—a contrario sensu—, 371, inciso 2° y párrafo 3°, 373 del CPP. *Así lo voto.*

A la segunda de las cuestiones de mención, el Dr. Juan Carlos Tarsia, manifestó:

Adhiero al juez del primer voto, por los mismos motivos y fundamentos y por ser ella mi libre y sincera convicción. Artículos 210, 367—a contrario sensu—, 371, inciso 2° y párrafo 3°, 373 del CPP. *Así lo voto.*

III) *A la tercera, cuarta y quinta de las cuestiones, el Dr. Carlos Gustavo Olazar manifestó:*

Conforme lo adelantara el suscripto, atento a que en la segunda de las cuestiones se arribó a una respuesta negativa, no corresponde el tratamiento de las restantes. Artículos 210 y 371, párrafo 3º del CPP. *Así lo voto.*

Mañón, dijo:
A la tercera, cuarta y quinta de las cuestiones, el Dr. Ernesto A. A. García

Adhiere al juez del primer voto, por los mismos motivos y fundamentos y por ser ella mi libre y sincera convicción. Artículos 210 y 371, párrafo 3º del CPP. *Así lo voto.*

A la tercera, cuarta y quinta de las cuestiones, el Dr. Juan Carlos Tarsia, expresó:

Adhiere al juez del primer voto, por los mismos motivos y fundamentos y por ser ella mi libre y sincera convicción. Artículos 210 y 371, párrafo 3º del CPP. *Así lo voto.*

Verdicto:

En mérito al resultado que arroja la votación, de las cuestiones precedentes se pronuncia por *Unanimidad*.

Falla:

I) *Absolviendo libremente y sin costas a R. A. C., cuyas circunstancias personales obran en autos, del hecho que se le enrostra. Artículo 371, párrafos 3º y 4º del CPP.*

II) *Regulándose los honorarios profesionales del Dr. Sergio Doures por sus trabajos en la instancia, en la suma de sesenta (60) JUS con más los aditamentos de ley (art. 9º de la ley 8904).*

III) *Notifíquese a las partes por Secretaría de lo aquí concluido. Con lo que, siendo las 11:35 hs, terminó el Acuerdo firmado los Sres. Jueces por ante mí que doy fe. Juan Carlos Tarsia – Ernesto A. A. García Mañón – Carlos G. Olazar – Alberto A. Ortolani.*

II. El comentario

1. Introducción

Esta nota a fallo tiene por objeto adentrarse en el análisis de una decisión judicial vinculada a un tipo delictivo (el correspondiente al segundo párrafo del art. 281 del Cód. Pen.) poco explorado doctrinariamente.

Ya en otra oportunidad me referí a la exigua atención que, en general,

prestó la doctrina—hasta hace pocos años— a la estructura general del delito imprudente¹.

También en dicha ocasión expuse que tal estado de cosas ha variado sustancialmente: las publicaciones científicas han dado cuenta, sobre todo en la última década, de un creciente estudio científico de esta forma de aparición del delito punible, probablemente a partir del asentamiento de las estructuras del delito doloso, de la instalación de la sociedad de riesgo y del comportamiento del legislador, ávido por prevenir toda forma de lesión a bienes jurídicos².

2. El caso y su solución

La reciente sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1 de San Isidro, dictada el 15 de octubre de 2004 en la causa Nº 6525 (677/01), tuvo por objeto expedirse en torno a la imputación formulada al agente policial que cumplió funciones de imaginaria durante la fuga de 15 de los 23 detenidos alojados en uno de los calabozos de una seccional de una fuerza policial provincial, quienes para ello violentaron dos rejas cobertoras del patio correspondiente al sector. El acontecimiento se produjo el 29 de octubre de 2000.

El tribunal entendió que los detenidos lograron evadirse, favorecidos para ello por la falta de control policial. No obstante, negó que el hecho se hubiera producido “por negligencia del imputado C.” y lo absolvió. Para el judicante, la falta de control policial estuvo dada por la ausencia de inspecciones de calabozos más exhaustivas y una construcción no apta para tal fin.

Tuvo por probado que, para posibilitar la huida, los internos tuvieron que cortar dos hileras de barrotes de hierro y un techo de chapa rejilla, proceso que llevó varios días. Sobre el punto, el tribunal estimó crucial la carente realización de inspecciones en la jornada previa y aquella otra en la que la fuga tuvo lugar. Agregó que lo exigible a quien cumple función de imaginaria, habida cuenta de la imposibilidad—por falta de personal— de inspeccionar en cada relevo los calabozos, era la pregunta al imaginaria saliente por la cantidad de detenidos, extremo que tuvo por cumplido con relación al imputado en autos.

Respecto a la inadvertencia de la fuga por parte del acusado, se tuvo en consideración que resultaba habitual que los internos colgaran sus prendas de vestir y las sábanas sobre la reja divisoria del patio de la dependencia con el lugar donde se hallaba la garita (cerrada, vidriada), donde el imputado prestaba

¹ ABRALDES, Sandro F., *Lineamientos dogmáticos generales sobre la tipicidad imprudente en la moderna doctrina penal española*, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 2002-2, *Delitos culposos* – II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 163.

² ABRALDES, *Lineamientos...* cit., p. 164.

funciones. Siempre en palabras del tribunal, las prendas obstaculizaron la visión, y también existió en el lugar un ventilador o extractor de aire encendido, que producía un ruido fuerte, al igual que la música escuchada por los detenidos. Agregó el sentenciante que todas estas circunstancias fueron conocidas por la superioridad y que obraron en perjuicio del imputado, de tal modo que le impidieron advertir la fuga, a corta distancia, perpetrada.

Por último, la decisión hizo alusión al relato de un contratista en construcciones, según el cual fue puesto en conocimiento de la autoridad pertinente que el sector por el que a la postre se evadieron los detenidos era apto para la fuga.

3. El tipo de lo injusto

El tipo de lo injusto del favorecimiento imprudente de evasión de la detención legal o condena se halla contenido en el segundo párrafo del artículo 281 del Código Penal³.

a) El bien jurídico protegido por este tipo legal se vincula con la administración de justicia⁴. La eficiencia, según los fines propuestos, de esta

³ Sobre la conveniencia y propiedad terminológica de referirse al "delito imprudente" en vez de "delito culposo", según la prohibición del reciente Código Penal español de 1995, véase el trabajo de mi autoría *Breve noticia sobre la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal español*, en L. L. 2000-A-911 y ss.

⁴ DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 560, quien agrega que la administración de justicia tiene derecho a contar con la cooperación de todos los miembros de la sociedad, a los efectos de cumplir con su misión. Me aparto, en este punto, de sus enseñanzas, en cuanto estimo inadecuado situar al bien jurídico —al menos, rodearlo— de la noción según la cual lo tutelado devenga el deber de colaboración del ciudadano. En mi modesta opinión, la idea de deber traspasa, sin duda, al ámbito de la tipicidad objetiva y, con ello, vacía de contenido al bien jurídico, al convertir al hecho típico en mera desobediencia. La pena, en cuanto castigo estatal, se justifica por la noción de menoscabo a un bien protegido y no por la pura desatención al mandato normativo, que es un instrumento de protección y lejos está, por tanto, de ser un fin en sí mismo; cfr. FOLCO, Carlos María; ABRALDES, Sandro F. y BISCAYART, Javier López, *Ilícitos fiscales (Asociación ilícita en materia tributaria. Ley 25.874)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 196.

Buompadre también alude al concepto de administración de justicia (BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte especial*, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2003, p. 512). En la parte final del interesante desarrollo histórico, que concluye en la consideración de los parámetros doctrinarios acerca del objeto de tutela penal, se refiere el citado autor a la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo español (STS del 26-3-84) según la cual lo protegido es "el interés en que se cumplan las sentencias y resoluciones de los órganos judiciales, asegurando la ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares adoptadas sobre el inculpa". También con esta línea habré de estar en desacuerdo. El interés de la administración como fin en sí mismo puede tener cabida en otros sectores del orden jurídico, mas no en el penal, y no debe olvidarse que la base del bien jurídico supraindividual es la conexión a la autorrealización de

función del Estado se ve menoscabada por la conducta de uno de sus empleados que, aun sin representárselo, desatiende el conjunto de reglas mínimas tendientes a mantener la situación de detención⁵.

A partir de ello, válido es sostener que el imprudente favorecimiento de la evasión que malogra el cumplimiento material de una sentencia de condena (claro está, cuando esto último haya tenido concreto inicio) o de una resolución judicial de cautela personal frustra el ejercicio pleno de la función jurisdiccional⁶.

b) Sujeto activo de este injusto es el funcionario público. Se trata, entonces, de un delito especial en sentido estricto o propio; el círculo de posibles autores está determinado por la ley, en razón de la necesidad de infracción de un deber jurídico específico⁷. A ello debe sumarse que, dado que se trata de una modalidad imprudente, rige en la cuestión la teoría objetivo-formal. Y autor en el delito causa en forma no dolosa un resultado típico⁸.

Sin llegar al extremo de considerar que lo fundacional de la autoría en este tipo de lo injusto es la infracción de un deber jurídico, debe recordarse aquí la posición de Gracia Martín, que explica al delito especial desde la particular relación existente con el bien jurídico⁹. En estos supuestos se da el fenómeno de una estructura cerrada, limitada, de posible acceso sólo para algunas personas habilitadas. La relación entre tales bienes jurídicos y aquellas, en específica posición de agredirlos o preservarlos, a partir de la posición de poder, ha sido denominada por el mencionado autor "relación de dominio"¹⁰; que, dada la

la persona, dato aquí ausente. Incluso el interés per se es indóneo para ser elevado a la categoría de bien jurídico. Por lo demás, la admisión del interés de la administración supone igual tem-
peramento con la insostenible adopción, por parte del Estado, de la vía rápida para "remendar" su propia ineficiencia.
De ambas críticas sería también pasible la muy reciente obra de D'ALESSIO, Andrés José (dir.) y DIVITO, Mauro A. (coord.), *Código Penal. Comentario y anotado. Parte especial*. Ar-
tículos 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 938.
⁵ El autor que parecería más cercano a esta noción es Carlos Creus (*Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 351), quien señala que lo protegido es "la efectividad de las sanciones impuestas o de las medidas adoptadas por razones de seguridad, que se traducen en el amenguamiento de la libre disponibilidad de ciertos derechos por el agente".
⁶ BUONAPADRE, ob. cit., p. 513, con cita de Magaldi y García Arán.
⁷ DONNA, *Delitos...*, cit., p. 566.
⁸ CEREZO MIR, José, *El finalismo hoy*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. XLVI, fasc. 1, p. 18; del mismo autor, *Curso de Derecho Penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, t. III, p. 212.
⁹ DONNA, *Delitos...*, cit., p. 19.
¹⁰ DONNA, *Delitos...*, cit., p. 20.

naturaleza imprudente del tipo legal, sería de "dominabilidad". Se trata, de tal modo, de una estrecha relación existente entre el autor y el bien jurídico, que no se da con respecto a terceras personas, en cuanto sujeto y objeto no devienen intercambiables¹¹.

La doctrina efectúa, con acierto, algunas precisiones adicionales respecto del sujeto activo, desde que no cualquier funcionario público puede serlo, sino únicamente quien tenga a su cargo, sea en forma directa o indirecta, transitoria o permanente, la obligación de custodiar o mantener los resguardos de seguridad impedientes de la libertad ambulatoria del detenido o condenado¹². El círculo de autores posibles, pues, queda aún más reducido en función de las exigencias normativas puestas en cabeza de algunos funcionarios públicos, y no de todos quienes ingresen en esa categoría.

Respecto del sujeto pasivo, en tanto portador o titular del bien jurídico protegido, debe afirmarse que es el Estado, en su función jurisdiccional¹³.

c) En otro orden, la doctrina distingue con énfasis esta acción típica de la contenida en el primer párrafo del artículo 281 del Código Penal (favorecimiento a doloso). Se indica, al respecto, que la infracción prevista en el segundo párrafo del tipo penal configura una conducta autónoma, que en modo alguno constituye una modalidad "culposa" del favorecimiento doloso, sino una disposición independiente consistente en causar la evasión por negligencia¹⁴. No se trata, insiste la doctrina nacional, de una colaboración involuntaria al acto de evasión, sino de una negligencia tal que, sin ella, la evasión no se hubiera producido¹⁵. Lo punible es, según esta línea, producir la evasión¹⁶. Así, se ha

¹¹ DONNA, *Delitos...*, cit., p. 20.

¹² BUOMPADRE, ob. cit., p. 521. En igual sentido, Creus (ob. cit., t. II, p. 356), quien incluye en el supuesto típico al guardia cárcel y a quienes desempeñan funciones de supervisión, y excluye a quienes "antirreglamentariamente asumen de hecho la custodia del privado de libertad

(p. ej., los empleados de juzgados que están realizando diligencias con el detenido)".

¹³ DONNA, *Delitos...*, cit., p. 566.

¹⁴ BUOMPADRE, ob. cit., p. 518.

Creus (ob. cit., p. 356) parece atemperar la exigencia, ya que si bien plantea que la negligencia debe haber "producido" la evasión, agrega que lo típico es que sin esa negligencia la evasión no se hubiera realizado tal como se produjo.

Marco Antonio Terragni (*El delito culposo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 253) expone que no se trata de cualquier acción coadyuvante descuidada, sino que la negligencia tiene que ser la circunstancia determinante.

¹⁵ BUOMPADRE, ob. cit., p. 521.

¹⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino. Parte especial*, Lerner, Córdoba, 1974, t. VII, p. 196.

Donna (*Delitos...*, cit., p. 564) explica que "producir significa originar, ocasionar, causar, generar, dar lugar a un determinado resultado; en este caso, la evasión".

dicho que "lo que se castiga es la conducta del funcionario público que no pone toda su atención en la vigilancia de los detenidos o condenados, produciéndose —por esa causa— la evasión"¹⁷.

d) El hecho se consuma con la producción del resultado, esto es, con la producción de la evasión, la efectiva fuga¹⁸, lo que implica la lograda sustracción al estado de restricción de la libertad, al libramiento del encierro; sin que sea necesaria la utilización de los medios taxativos enunciadados por el artículo 280 del Código Penal. Es que la constitución de lo injusto de los delitos imprudentes se produce cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor de resultado. De otro modo, no encontraría explicación la exigencia en torno a que el resultado sea precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido¹⁹. Si el detenido o condenado no superó los límites del intento, el favorecimiento imprudente deviene impune²⁰.

Sólo es posible la autoría directa; quedan excluidas la autoría mediatas, la coautoría y todas las formas de participación criminal²¹.

La naturaleza imprudente del tipo de lo injusto indica que la tentativa no es posible²²; sólo puede darse una acción imprudente sin resultado (o sin adecuada —normativa— conexión con éste), conducta impune por regla general²³.

4. *Algunas reflexiones sobre el fallo y la doctrina nacional*

Son varias las reflexiones que suscitan tanto el fallo en exploración como el desarrollo analítico del tipo legal efectuado por nuestros autores.

a) Respecto de la sentencia, cabría apuntar algunas consideraciones.

En primer término, se advierte cierta confusión conceptual, en cuanto inicialmente se alude a que la evasión de detenidos no se produjo "por negligencia" del imputado C. Parecería de tal modo que inicialmente a juicio del tribunal habría existido alguna imprudencia de su parte —ello se extraería de la alegación

¹⁷ TERRAGNI, ob. cit., p. 253.

¹⁸ DONNA, *Delitos...*, cit., p. 568; CREUS, ob. cit., p. 356; BUOMPADRE, ob. cit., p. 521.

¹⁹ ABRALDES, *Lineamientos...*, cit., p. 176.

²⁰ CREUS, ob. cit., p. 356; TERRAGNI, ob. cit., p. 253.

²¹ FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal. Alcances. Modalidades. Autoría, causalidad y participación. Investigación. Complicidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2001, ps. 66 y ss., 375 y 433; TERRAGNI, ob. cit., p. 188; ABRALDES,

Lineamientos..., cit., ps. 186 y ss.

²² CEREZO MIR, *Curso...*, cit., t. III, p. 186.

Véase, asimismo, TERRAGNI, ob. cit., p. 179, para quien la imposibilidad deriva de la

razón de ser del castigo de la tentativa.

²³ ABRALDES, *Lineamientos...*, cit., p. 193, con cita de Cerezo Mir.

del defensor, asentada en la sentencia, según la cual la conducta de C. sería merecedora de alguna sanción administrativa, vid. resultando III—, que no guarda un nexo de antijuridicidad suficiente con el resultado producido. Por otro lado, así también surgiría de la afirmación de la decisión según la cual la evasión se vio favorecida por la falta de control policial suficiente, concretamente por las carencias inspecciones de calabozos—aquí cabría incluir el planteo del abogado defensor, que adujo la inexistencia de una relación de causalidad, vid. resultando III—.

Afirmar la inexistencia de una adecuada conexión entre una conducta con la producción del resultado es ciertamente innecesario metodológicamente si dicha conducta no es considerada imprudente/negligente. Esto es lo que, en definitiva, parece haber estimado el tribunal: que la conducta del imputado no infringió el deber objetivo de cuidado.

Para tal aseveración se valió de elementos puramente empíricos: la falta de inspección al calabozo—algo que a él no correspondía efectuar—, la obstaculización visual y sonora entre éste y el puesto de control—sábanas, frazadas, colocadas por los internos y “toleradas” por la superioridad en pos de una más armónica convivencia, extractor de aire, música, etcétera—, las advertencias efectuadas por el contrabista en construcciones sobre la aptitud para la fuga del lugar y el cumplimiento del imputado de la pregunta por la novedad al imaginaria saliente.

En este sentido, muy ilustrativa es la pregunta que se efectúa el tribunal: “si todas esas cosas eran habituales en la vida diaria de los internos, y hasta estaban permitidas por la superioridad como una forma de mantener la buena relación y convivencia entre los reclusos y el personal policial, ¿por qué responsabilizar a C. del lamentable y no querido por éste resultado conocido?”

Entiendo que varios reparos pueden formularse a esta línea de razonamiento. La alusión a otras infracciones a deberes de cuidado de otros participantes no excluye, sin más, la del imputado. Es que las violaciones a los deberes de cuidado se suman y no se restan²⁴. Ocurre que, en principio, el tribunal no ha justificado la existencia de una infracción al deber de cuidado más preponderante, de modo tal que se excluya la imputación a nuestro autor²⁵.

Pero, sin duda, lo más llamativo es la evaluación empirista en torno a la

²⁴ CNCCor., sala I, 26-6-2003, “P., A.”, c. 20.647.

²⁵ Véase, en tal sentido, el trabajo de PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, trad. de Percy García Caverio, Colección Estudios de Derecho Penal (dir. por Carlos María Romero Casabona), Comares, Granada, 2001, ps. 124 y ss.

infracción al deber objetivo de cuidado. Lo "normal" no puede convertirse en "norma". De conformidad con esta concepción, el ordenamiento jurídico sólo puede exigir al ciudadano aquello que se sitúa dentro de las capacidades poseídas usualmente por un hombre medio. Este patrón de medición, al que se ha catalogado de modelo sociologista puro en tanto propugna que la determinación de los límites en el cumplimiento del deber de conducta ha de ser establecida en atención a la práctica social correspondiente²⁶, se basa en la realidad social, prescindiendo de toda consideración normativa. Esto trata de ser explicado con el argumento de que el Derecho Penal no puede superar en su exigencia aquello que para la mayoría de los ciudadanos es posible realizar, so pena de caer en un exceso de exigencia jurídica, dikiológicamente injusta y político-criminalmente desacertada²⁷.

Con arreglo a la posición enunciada, el orden jurídico captaría la realidad de forma inmediata, sin entrar a regularla en el sentido material del término, entendido como el establecimiento de directrices de actuación para los sujetos a fin de modificar sus comportamientos y conformarlos a determinadas pautas, consideradas como socialmente deseables²⁸. En otras palabras, lo socialmente existente como práctica frecuente se convertiría en norma jurídica²⁹. Lo crítico-ble conceptualmente, en cierta síntesis, es que —de seguirse esta línea de pensamiento— el criterio del deber de cuidado deja de pasar por el deber para situarse en la idea de "como lo hacen todos", y con ello recobra vigencia el principio de que "el hecho causa el deber de cuidado"³⁰.

Vale recordar aquí que el imputado cumplía funciones de imaginaria, esto es, de centinela, y, con ello, su obligación puntual y concreta consistía en un deber de vigilancia. Si bien la precisión y el alcance del deber de cuidado específico no se encontrarían expresamente previstos en reglamentación alguna,

²⁶ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, ps. 311 y 314.

²⁷ PAREDES CASTAÑÓN, ob. cit., p. 315.

²⁸ PAREDES CASTAÑÓN, ob. cit., ps. 315-6.

²⁹ PAREDES CASTAÑÓN, ob. cit., p. 316. Como bien aduce este autor, el criterio para juzgar qué es imprudente en el tráfico sería el del comportamiento usual de los conductores; la imprudencia en la protección del medio ambiente se enjuiciaría conforme a la práctica habitual de las empresas contaminantes.

³⁰ CNCCor, sala I, 5-2-2004, "S., R. J. y otros", c. 22.036.

En esta Revista se han publicado diversas investigaciones en las que se propone un modelo de determinación del cuidado objetivamente debido; valga, en tal sentido, la referencia a mis *Lineamientos...*, cit., p. 163, y el de mi colega DE LA FUENTE, Javier, *Responsabilidad penal de los directivos de la empresa aérea en caso de accidente culposos*, en Nº 2002-1, *Delitos culposos* — I, p. 339.

la naturaleza propia de la tarea asignada indica bastante al respecto³¹. No sería posible admitir en tal función, cuando menos a la hora de evaluar la infracción al deber de cuidado, distracciones o impasividades frente a estados anquilosados de cosas. Si bien la infracción al cuidado debido debe determinarse *ex ante*, ciertos datos objetivos externos posteriores pueden ser útiles en la medición en concreto. Cumple recordar que se fugó el 65% de la población carcelaria, cuya vigilancia tenía a su cargo el incuso, sin que éste se diera siquiera cuenta. Esto último se extrae del dato según el cual la noticia a la superioridad fue brindada por un vecino, quien se apersonó en la dependencia policial al efecto (véase, en tal aspecto, la reseña de las declaraciones de R. y G., puntos f, y g, de los considerandos). Esto no implica la imposibilidad de llegar a una solución de impunidad por aplicación de otras categorías (ej., inexigibilidad de otra conducta), examen que, en mucho, excede los límites de esta breve anotación.

b) En lo atinente a la doctrina nacional, de muy buena salud goza la afirmación según la cual se necesita, a los fines de la tipicidad del segundo párrafo del artículo 281 del Código Penal, que la conducta del funcionario debe producir o ser la causa determinante de la evasión del detenido.

Una primera observación: en una cantidad de supuestos se estará probablemente frente a una omisión³², consistente en la adopción de los recaudos

³¹ Sobre el punto existe una Reglamentación Interna de Comisarias, Subcomisarias, Destacamentos y Puestos de Vigilancia, aprobada por resolución 37.136/78 del Jefe de Policía de la Provincia de Buenos Aires, que contiene en sus arts. 25 y ss. disposiciones que podrían ser de interés. Pero se insiste en algo "no escrito", emergente de la esencia misma de la tarea asignada: el imaginaria del calabozo está para vigilar que los detenidos no se escapen y para que ningún extraño le alcance elementos que afecten la seguridad propia y de terceros.

En tal sentido, vuelven a ser valiosas las explicaciones de Terragni (ob. cit., p. 253) sobre este hecho típico: "Las manifestaciones de la negligencia pueden ser variadas, pero casi siempre constituyen auténticos descuidos en la vigilancia".

³² 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 faltan 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, *Curso...* cit., t. III, ps. 256-7).

Estimo que mayor claridad 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

necesarios para el mantenimiento del sometimiento a prisión. Si se trata de una omisión, debe recordarse que ella consiste simplemente en la no realización de una acción que el sujeto podía llevar a cabo, razón por la cual no es posible hablar de una relación de causalidad—el sujeto no causa el resultado, sino que no lo impide³³—.

Entonces, es impropio exigir que la “negligencia cause o produzca el resultado”.

Pero todavía habría más. La exigencia de que la “negligencia” sea determinante de la evasión contiene dos gérmenes estériles.

El primero de ellos es que niega la acción libre y responsable del evadido. En efecto, cuando se trata de imputación normativa, el punto clave reside en el concepto de libertad del actuante a través del *nexus finalis*³⁴. La acción humana, en cuanto base del cumplimiento de deberes, debe entenderse como aquel movimiento basado en la capacidad del hombre que debe dirigirlo, de manera tal que pueda analizar el asunto con su entendimiento y decidir, luego, con su voluntad³⁵. La imputación, pues, está ligada a la voluntad libre³⁶.

En puridad, estructuralmente se está ante un caso en que la desatención a la norma es utilizada por un tercero que deliberadamente infringe la norma.

Al respecto, y con la salvedad de que se habla de una participación dolosa (concepto incompatible con la imprudencia), puede obtenerse una aproximación en Donna: “La diferencia material entre verdadera autoría y participación se fundamentará, en primer lugar, según el punto de vista de la voluntad de realización del resultado de quien está más próximo al hecho [...] La idea es que aquel más próximo al hecho tiene la voluntad de acción, domina el acontecimiento causal”³⁷.

Luego, mal puede hablarse de una determinación del resultado desde la imprudencia del funcionario público cuando existe una conducta de un tercero, intermedia desde lo cronológico, que es libre y responsable, y sobre cuya base se termina por afirmar la imputación al primer sujeto.

El otro germen inoficioso y oculto está fincado en la falacia de pretender la medición de la eficacia causal de determinadas condiciones aportadas

intrusiones 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).

³³ CEREZO MIR, Cursos... cit., t. III, p. 253.

³⁴ DONNA, Edgardo A., *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed. ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 75, con cita de Hruschka.

³⁵ DONNA, *La autoría*... cit., p. 75, con cita de Puendorf.

³⁶ DONNA, *La autoría*... cit., p. 76.

³⁷ DONNA, *La autoría*... cit., p. 12, con cita de Hirsch.

"objetivamente" a un hecho³⁸. Subyacen, en este aspecto, la teoría de la causa eficiente y la de la causa adecuada, con las consabidas críticas insuperables a ambas³⁹.

c) La solución posible a esta encrucijada construida por la doctrina pasa, a mi juicio, por la constatación de que el evadido se haya valido del amenguamiento de los resguardos originados en la negligencia⁴⁰; eso es suficiente a los fines típicos. Desacierta la doctrina al intentar divisar un quiebre tan abrupto y asistemático entre ambos párrafos del artículo 281 del Código Penal.

Esta aseveración que acaba de formularse es plenamente compatible con el criterio de imputación de resultados en materia de delito imprudente. En efecto, la verificación de la concreción del resultado a partir de la infracción al ciudadano objetivamente debido se detiene en la comprobación de si aquel se halla dentro del ámbito de protección de la norma⁴¹. Si el resultado producido es uno de aquellos que la norma de cuidado trataba de evitar, esto significa que existe nexo normativo entre la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado producido⁴²; con ello, está constatado el delito imprudente de que se trate.

³⁸ Respecto a la imposibilidad de medir la eficacia de una condición en un proceso causal, tuvo oportunidad de exponerme, sobre la base de las enseñanzas del Prof. Cerezo Mir, en ocasión de investigar parámetros de la distinción entre partícipe primario y secundario; véase, al respecto, ABRALDES, Sandro F., *El cómplice primario. Un resabio medieval de nuestro Código Penal*, La Ley, Córdoba, 1999, ps. 803 y ss.

³⁹ Véase, al respecto, CEREZO MIR, *Curso...*, cit., 6ª ed., t. II, ps. 60 y ss.

⁴⁰ CREUS, ob. cit., p. 356.

⁴¹ GIL GIL, Alicia, *Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2002-1, *Delitos culposos* - I, p. 46.

Muy críticos con esta categoría de la teoría de la imputación, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, ps. 204 y ss., y PUPPE, ob. cit., ps. 81 y ss.

⁴² Sobre el origen de este criterio de imputación y profusa bibliografía, véase CEREZO MIR, *Curso...*, cit., t. II, ps. 183-4, notas 99 y 100.

REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL
DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 269
DEL CÓDIGO PENAL. PREVARICATO*

por INÉS CANTISANI

I. Fallo

*Capel de San Martín, Sala Especial,
Secr. Penal Nº 3, 28-12-2001*

San Martín, 28 de diciembre de 2001.

Vistos y considerando:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal merced al recurso de apelación interpuesto por la defensa de la Dra. R. S. M. D., contra el auto interlocutorio que dispuso su procesamiento en orden al delito de prevaricato, previsto por el artículo 269 del Código Penal.

II. Al recurrir, la parte fundó sus agravios en la consideración prevaleciente que, al resolver la entonces jueza en los términos que fueran cuestionados, a partir de lo cual se le atribuyó la conducta en estudio, lo hizo en función de haber interpretado la ley según su criterio. Así, tomando en cuenta que la función de quienes se encuentran a cargo de juzgar conductas ajenas, tienen la facultad de obrar acorde a su valoración, considera que no es pasible de cuestionamiento su accionar en tales condiciones, habida cuenta de que lo contrario importaría cercenar la independencia de los magistrados judiciales.

Desde esa perspectiva señalaron que, sin entrar a considerar el acierto o

* Se agradece a la Secretaría de Jurisprudencia de la CNCCor.

desacuerdo de su criterio interpretativo, lo que se impone analizar es que la omisión de su asistencia de dar inmediata vista a la Dirección General Impositiva en las causas que a su cargo tramitaban bajo las disposiciones de la ley 23.771, según lo determinado por el artículo 16 de dicho ordenamiento, no se debió a un apartamiento del marco legal sino, como se dijo, a una cuestión de criterio propio. A su vez, ahondaron en tal postura al señalar que en muchos de los citados expedientes, la mentada intervención fue cumplida en algún momento de la tramitación.

III. Toda vez que los motivos de impugnación se han centrado en la configuración del tipo penal y tomando en cuenta que a través de su resolución, el Sr. Juez a quo ha desplegado un minucioso relato y descripción de los hechos que autoriza evitar aquí repeticiones, se ha de abocar esta Alzada al planteo central.

En tales condiciones, no puede obviarse que, en efecto, no está en discusión que los jueces en el marco de las decisiones jurisdiccionales y de trámite que se encuentran a su cargo, gozan de total independencia, tanto en orden a su valoración a fin de analizar los hechos y adecuar las conductas en función de su lógica y sana crítica, con basamento en el marco normativo vigente; como a la interpretación de las leyes cuando evalúan que la situación corresponde a una materia opinable; también se ha de contemplar la eventualidad de error de los jueces por lo que, en función de la posibilidad que aporta el sistema de revisión de sus decisiones, ello no debe ser considerado a los fines del enjuiciamiento de un magistrado (así lo ha señalado la CSJN, entre otros en *Fallos*: 274:415 y 271:175).

No obstante, también el legislador ha entendido que, cuando quien debe llevar a cabo tal tarea se aparta de la ley expresa que haya sido invocada por las partes o por el mismo, mediante resoluciones contrarias a ella, su conducta será punible en la medida en que su actuar haya estado inspirado en la conciencia de su antinormatividad (conf. *Notas al Código Penal argentino*, Laje Anaya y Gavier, t. III, p. 182).

Frente a ello, se advierte que supone un delicado equilibrio, y la necesidad de actuar con suma prudencia cuando se ha de analizar la proyección de la conducta de un juez, en función de sus posibles desaciertos, y la intencionalidad en su comisión.

Así lo ha resaltado recientemente Jorge Vannossi en el comentario a un fallo dictado por el Superior Tribunal de Córdoba en una publicación de La Ley del 20 de diciembre pasado al decir: "Tan sólo en casos reiterados de error inexcusable y manifiesto, o en supuestos probados de iniquidad rotunda, cabría pensar

en el acudimiento a las reglas que regulan la remoción de los magistrados judiciales ante el mal desempeño de sus funciones o delitos cometidos en ejercicio de las mismas..."

Es entonces a partir de tal premisa, como han de ser evaluadas las constancias del presente expediente.

IV. Desde esa perspectiva, y a través de un reexamen de la cuestión a la luz de los argumentos expuestos por la defensa, se advierte que se abre un doble espectro a analizar, aun cuando a criterio de la parte, no habría mayor diferencia entre uno y otro.

Por un lado, los expedientes en los que la Dra. M. D. nunca dio intervención a la Dirección General Impositiva, que se trata de los números: 2916, 2917, 2962 y 12.154. Por otro, el resto de las mencionadas por el Sr. Juez a quo, donde si en algún momento, cumplió con tal requisito.

V. En relación a estas ultimas, se coincide con lo alegado por la asistencia letrada en cuanto a que, más allá del acierto o desacierto de tal análisis, es una interpretación posible considerar, al menos en los términos que impone el artículo 3º del ritual, que la entonces magistrada haya considerado que los allanamientos por ella dispuestos, se trataban de "medidas urgentes" en los términos del último párrafo del artículo 16 de la ley 23.771, por lo que se consideraba avalada a incoar el proceso en esas condiciones.

Frente a ello, se impone valorar a su favor el estado de incertidumbre que sobre estas conductas se yergue y resolver estas cuestiones en su beneficio, por lo que se dispondrá revocar lo decidido en relación a las causas 11.960, 11.973, 12.083, 3017, 12.073, 12.102, 4799, 4833, 12.173, 3092, 3083, 12.153, 12.824 y 4808 en que las vistas a la DGI fueron efectivamente corridas.

VI. Distinta en cambio es la situación que se vincula con los expedientes Nº 2916, 2917, 2962 y 12.154.

Allí no surge en ningún momento que se hubiera siquiera intentado correr la vista de ley. Tampoco se comparte el argumento defensivo en el sentido de que ello se omitió por considerar la antes jueza que ante la constatación policial de que no había ilícito tributario alguno a verificar, se podía prescindir de tal intervención y ello es así por cuanto la norma es clara al disponer la necesidad de que en estas clases de ilícitos, deviene indispensable dar intervención al organismo administrativo.

Así las cosas, no se encuentra justificación válida que avale el apartamiento del marco normativo, que imponía adoptar el temperamento correspondiente.

En orden al dolo que exige la figura en trato, se advierte que más allá de

cualquier interpretación que la Dra. M. efectuara en su momento, la reiteración de su apartamiento de la imposición legal se mantuvo a sabiendas de que su actuación era contraria a dicha exigencia.

A su vez, no puede obviarse lo señalado por el Plenario del Consejo de la Magistratura al decir que con su accionar, la entonces magistrada "ha permitido que la justicia fuese vehículo para la comisión de delitos mediante la reiterada utilización de un mecanismo en el cual, en principio, el juzgado a su cargo era un engranaje necesario para la consecución de los ilícitos fines perseguidos por algunos agentes de la División Defraudaciones, Estafas y Delitos contra el Fisco de la Policía de la Provincia de Buenos Aires" (ver fs. 456 y vía.).

Así las cosas, cabe concluir a esta altura y con el grado de provisionalidad que esta etapa conlleva, que su repetido apartamiento de la exigencia prevista por el artículo 16 de la ley 23.771, fue llevado a cabo a sabiendas de su antinormatividad, por lo que corresponde convalidar lo decidido por el Sr. Juez a quo en este aspecto.

VII. En otro orden de cosas vale resaltar que fue la propia Jueza de entonces que en el expediente Nº 12.073, con fecha 20 de septiembre de 1995, dictara la nulidad de las actuaciones por haber sido instruidas sin el debido impulso fiscal de la acción y, en consecuencia, contrarias a derecho y, en otra causa, la Nº 4833, con fecha posterior, esto fue el 29 de diciembre de ese mismo año, allí dispusiera el allanamiento de los locales "Splendor", "Wall Street" y "Cadem" (ver fs. 18 y 19), no obstante el planteo del representante del Ministerio Público de no instar la acción por entender que no había elementos eficientes para sospechar la existencia de algún delito.

En cuanto a esta situación, vinculada a la última causa mencionada, deviene conveniente que el Sr. Juez a quo ahonde la pesquisa y en su momento dicte el pronunciamiento que corresponde.

VIII. Por otra parte, de conformidad con las pautas previstas por el artículo 518 del CPPN y atento a lo que se decide en relación con la revocatoria parcial, corresponde modificar el monto del embargo.

Por ello, el Tribunal dispone:

I. *Confirmar* parcialmente la resolución de fs. 1639/51 en cuanto decreta el procesamiento de la Dra. R. S. M. D., por considerarla prima facie autora del delito de prevaricato (4 hechos –en causas Nº 2916, 2917, 2962 y 12.154–), en concurso real, previsto y reprimido por el artículo 269, del Código Penal y *modificar* el monto del embargo dispuesto que se fija en cuarenta mil pesos –\$40.000– (art. 518 del CPPN).

II. *Revocar* la resolución de fs. 1639/51, en relación a las causas Nº 11.960, 11.973, 12.083, 3017, 12.073, 12.102, 4799, 4833, 12.173, 3092, 3083, 12.153, 12.824 y 4808—30 hechos—.

III. *Recomendar* al Sr. Juez a quo lo sugerido en el considerando VII de la presente.

Regístrese, hágase saber y devuélvase.

Reg. Nº 2294 bis.

Firmantes: Dres. Gurruchaga — Bustos — Luft.

Secr. actuante: Dra. Blanes (Secr. 3).

II. Comentario

1. Marco jurídico

En el fallo en análisis, el tribunal interviniente resolvió confirmar el procesamiento de la imputada, en orden al delito previsto por el artículo 269 del Código Penal, por algunos de los sucesos que se le reprochaban —4 hechos—, pues por otros decidió revocar el temperamento adoptado por el a quo.

Recordemos que el texto legal, al regular el prevaricato, establece que “Sufrirá multa de tres mil a setenta y cinco mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

“Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

“Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables compondores”.

Es la primera parte de la normativa transcrita sobre la que versará el análisis del presente.

2. El caso a estudio

En la resolución citada la Sala Especial de San Martín ha considerado de aplicación el artículo 269 del Código Penal, respecto de algunos de los hechos que se le atribuyeron a la magistrada. Son estos sucesos, por los cuales se confirmó el procesamiento, los que interesan para abordar la estructura del tipo penal en cuestión.

En respuesta a los agravios de la recurrente relativos a la configuración del encuadre legal escogido por el a quo, sostuvo que la conducta de la jueza, al no

haber dado la vista que por ley correspondía—artículo 16 de la ley 23.771— a la DGI, encuadraba en el delito analizado.

No obstante dejar en claro la independencia de la que gozan los jueces en el marco de las decisiones jurisdiccionales y de trámite que se encuentran a su cargo, para sustentar la decisión inculpativa adoptada en el fallo analizado, se afirmó también que el legislador ha entendido que, cuando quien debe llevar a cabo tal tarea se aparta de la ley expresa que haya sido invocada por las partes o por él mismo, mediante resoluciones contrarias a ella, su conducta será punible en la medida en que su actuar haya estado inspirado en la conciencia de su antinormatividad—ver cita de Laje Anaya—.

3. *Requisitos objetivos del artículo 269 del Código Penal*

Sin duda, uno de los problemas que puede presentarse al intentar verificar la posible aplicación de la normativa en cuestión es establecer cuál es el límite que encuentra el intérprete para considerar que la conducta de un magistrado puede obedecer a simples criterios de interpretación, a una aplicación errónea pero involuntaria de la ley invocada, o, en definitiva, si se trata de un accionar contemplado por el tipo penal en análisis, tal y como se determinó en el fallo comentado.

Recordemos que el prevaricato es un delito que atenta contra la administración pública, pero esencialmente contra la administración de justicia, ya que el delito es cometido por los protagonistas del Poder Judicial “abusando de las garantías que les otorga la Constitución: en la prevaricación se tuerce el Derecho por parte de quienes están sometidos únicamente al imperio de la ley”¹.

En la doctrina española coinciden al establecer que el bien jurídico tutelado es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales, y específicamente es el debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de Derecho².

A entender de González Rus, la tutela penal de la administración de justicia debe enfocarse desde la perspectiva del servicio que sustancialmente presta y no es otro que servir de garantía última de los derechos e intereses personales y

¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 415.
² MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, dir. por Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1130.

sociales, resolviendo conflictos y preservando los derechos y los legítimos intereses de los ciudadanos, conforme a la ley; en definitiva, lo que constituye el núcleo central de la función jurisdiccional en su sentido más estricto, esto es "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"³.

Ya adentrándonos al análisis del tipo objetivo, puede sostenerse que la acción típica prevista por el artículo 269 del Código Penal es la de dictar una resolución, que se manifiesta en dos sentidos distintos: a) Debe ser contraria a la ley expresamente invocada por las partes o por el mismo juez, o b) que se encuentre fundada en hechos o resoluciones falsas.

Para dictar una resolución de las requeridas en la figura analizada, el autor debe, dadas sus facultades jurisdiccionales, en un tema sometido a su competencia, emitir un pronunciamiento—ejemplo: sentencia, auto, decreto o providencia—. Para ello debe existir un proceso jurisdiccional en curso, de cualquier naturaleza o carácter (civil, penal, laboral, comercial, contencioso administrativo). En consecuencia, y de acuerdo a lo sostenido en el párrafo precedente, debe tratarse de una resolución de naturaleza jurisdiccional dictada en ejercicio de dicha función, esto es, "en un proceso judicial en el que el pronunciamiento emitido tenga carácter decisorio o dispositivo acerca de la relación procesal entablada en el juicio y sobre la que recaerá una modificación en la situación jurídica sometida a conocimiento del autor"⁴.

Quedan excluidas, por ende, las decisiones dictadas en funciones de superintendencia, aunque se dicten en un proceso, las simples expresiones de deseo o contestaciones del juzgador a manifestaciones de las partes⁵, y todos aquellos actos o resoluciones que no tengan carácter decisorio, por ejemplo los actos de mero trámite, vistas, providencias simples, informes, es decir, cuando no impliquen una decisión acerca de un conflicto según las reglas prescriptas en el ordenamiento jurídico⁶.

Al respecto, en el orden nacional la jurisprudencia ha expresado: "El artículo-

³ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, dir. por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, ps. 454/455.

⁴ BUONAPADRE, Jorge Eduardo, *La prevaricación judicial en el Código Penal argentino*, en Homénaje a Claus Roxin, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 561.

⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, t. V, p. 209; CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Asirea, Buenos Aires, 1981, p. 431 y FONTÁN, BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. VIII, p. 330.

⁶ BUONAPADRE, ob. cit., citando a GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Colección Los delitos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

lo 269 del Código Penal, en cuanto impone multa al magistrado que, para fundar sus resoluciones, cite hechos falsos, exige que la resolución sea una providencia que resuelva algo y de la que pueda resultar algún perjuicio o provecho para alguna de las partes. Así no configura la materia de delito de prevaricato una providencia de mero trámite o de carácter formal, pues no constituye una resolución que haga al derecho de las partes [...] El decreto mediante el cual el juez designa depositario judicial transitorio de un automotor es un mero acto de ejecución que resulta ajeno a la figura del artículo 269 del Código Penal, en cuanto exige que el juez dicte resoluciones fundadas en hechos falsos”⁷.

Conforme se sostuvo, dos son las formas de cometer el delito que prevé el artículo 269 del Código Penal argentino, que da lugar a la clasificación tradicional efectuada en el ámbito doctrinario: el prevaricato de derecho y el prevaricato de hecho.

El caso analizado entraría en el denominado prevaricato de derecho, que consiste en dictar una resolución contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez.

Núñez afirma que la resolución es contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez si manda o prohíbe lo contrario de lo que de modo claro prohíbe o manda la ley aplicable al caso. Hay una oposición entre la resolución y la ley que el juez declara que aplica. También aclara que ley expresa se refiere a la que ha sido invocada de ese modo como fundamento de la resolución. Se entiende por ley, no sólo a la ley en sentido formal sino también a su reglamentación aplicable al caso⁸.

Corresponde efectuar ciertas aclaraciones sobre el tema: El juez no está obligado a aplicar la ley expresamente invocada por las partes ni a fundamentar el fallo de acuerdo con ella. Para que pueda considerarse la existencia de un pronunciamiento con las características requeridas por el tipo, debe existir una abierta contradicción entre el decisorio en cuestión y la ley expresa invocada por las partes.

Tales requisitos dejan fuera de consideración la simple divergencia de opiniones sobre el asunto que ha llegado a conocimiento del autor, máxime si se tiene en cuenta que una de las funciones propias del juez es la de interpretar de la ley y que muchas cuestiones lejos están de coincidir en una solución pacífica tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario.

⁷ CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, “Z. S., M. A.”, c. 199, que sostuvo además que en funciones de mera superintendencia el juez podrá cometer abuso de autoridad pero no prevaricato.

⁸ NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, t. V, vol. II, ps. 148/149.

Contradicción, reiterando la opinión de Núñez, implica oposición; es decir, lo opuesto a lo que expresamente regula la ley y ha sido invocado por las partes o por el mismo juez en el proceso⁹.

En este sentido, los integrantes de la Sala Especial de San Martín, como se señalara en párrafos precedentes, han hecho hincapié en la diferencia que existe entre la comisión del delito de prevaricato y la posibilidad de interpretación dentro del marco de la propia función jurisdiccional. Los criterios de sana crítica al analizar los hechos y verificar la configuración de conductas delictivas, con base en el marco normativo vigente —en palabras del tribunal— como la interpretación de las leyes cuando evalúan que la situación corresponde a una materia opinable, o el eventual error de los jueces, lejos están de considerarse supuestos de prevaricación judicial.

Los autores españoles, sobre la base de un texto distinto que habla de sentencia o resolución injustas, han sostenido que la injusticia de la resolución no puede determinarse más que desde la perspectiva de la legalidad. Entonces, la conducta prevaricadora estará presente en aquella sentencia o resolución que infrinja el Derecho y que de una manera manifiesta, evidente e incontestable esté en contradicción con el ordenamiento jurídico. Al respecto, González Rus¹⁰ ha considerado que encuadra en el delito de prevaricación aquella resolución que está guiada por un criterio abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del Derecho aplicable. Por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del Derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial.

Como bien lo señala Donna: la sola circunstancia de que la resolución dictada por el juez sea contraria a la ley, o que el magistrado aplique equivocadamente el Derecho, no conlleva la configuración del prevaricato, pues si sólo esos requisitos fueran necesarios se concluiría que toda sentencia revocada daría lugar a un proceso por prevaricación; para configurar el tipo objetivo se requieren los elementos referidos, que deberán verse reflejados en el aspecto subjetivo para completar la tipicidad¹¹.

El caso a estudio, como se sostuvo en los párrafos anteriores, trata el prevaricato de derecho, con los requisitos señalados, por contraposición al prevaricato de hecho, que se da cuando el pronunciamiento dictado por el juez

⁹ Algunos ejemplos brindados por BUOMPADRE, ob. cit., p. 565: invocar en el fallo una ley que ha sido derogada o fundamentar el contenido de éste alegando una norma que regula una situación distinta.

¹⁰ Ob. cit., ps. 457/458.

¹¹ DONNA, ob. cit., p. 418.

contenga en sus fundamentos citas de hechos o resoluciones falsas. La conducta típica requiere que el juez cite para fundar el fallo o el auto un hecho o resolución falsos. Estos hechos y resoluciones deben tener incidencia en el decisorio del fallo, deben guardar conexión con el elemento decisorio de la resolución en sí. Por lo tanto quedan al margen del delito las citas bibliográficas y jurisprudenciales que ilustran el fallo, por más falaces e inexistentes que ellas sean¹².

Un hecho es falso cuando el juez sabe que no existe o no existió, o que existió de una manera distinta a como él lo presenta, por ello no lo es aquel cuya acreditación, conforme a la prueba, depende del criterio del juzgador. Tampoco es suficiente para tipificar el prevaricato la mera discordancia entre las partes y el juez acerca de la prueba de un hecho.

Las resoluciones falsas son las que se invocan como fundamento de la decisión misma por la influencia que como juzgamiento precedente puede tener con la actual; la cita debe tener incidencia en el decisorio de la nueva resolución, como, por ejemplo: la invocación de que una excepción ha sido rechazada cuando, en realidad, no había sido resuelta, o que existe cosa juzgada sin que exista sentencia anterior alguna, o afirmar que un testigo ha sido citado en forma, cuando, en realidad, no existió citación¹³.

4. *Aspecto subjetivo*

También el tribunal interviniente se detuvo a analizar la existencia de los requisitos subjetivos del tipo penal en cuestión. Así sostuvo que el dolo que exige la figura en análisis estaba presente, sustentando tal hipótesis en la reiteración del apartamiento de la encausada de la imposición legal, que mantuvo "a sabiendas" de que su actuación era contraria a dicha exigencia.

El autor tiene que obrar dolosamente, por lo tanto, debe saber y tener la voluntad de resolver contra lo que dispone la ley invocada como fundamento de su fallo (como en el caso estudiado) o que los hechos o las resoluciones en las que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó.

Por los requisitos propios del tipo, analizados en los puntos precedentes, es necesario para completar el aspecto subjetivo el dolo directo. Desde este punto de vista, afirma Donna que "Es indiferente el motivo o la finalidad que ha guiado al autor a realizar esta conducta, sin olvidar que en la legislación argentina el prevaricato se encuentra separado del cohecho, por lo que el fin de lucro necesario en este último no está presente en el prevaricato, sin perjuicio

¹² BUONAPADRE, ob. cit., p. 565.
¹³ SOLER, ob. cit., t. V, p. 274.

de que existan otros motivos que hayan llevado al sujeto activo a actuar de dicha manera”¹⁴. Con ello, se puede afirmar que la existencia de error excluye el prevaricato.

Diferencia importante con el Código Penal español es que éste en su artículo 447 castiga la forma culpable de este accionar con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años al juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifestamente injusta.

Mediante el comentario al fallo citado se ha querido establecer los puntos claves, en lo que hace a la tipicidad, del precepto penal en cuestión—artículo 269 del Código Penal—, tantas veces invocados en la práctica judicial, pero, como se ha visto en el presente, al momento de analizar sus alcances debe ponerse énfasis en los requisitos propios del tipo.

En definitiva, citando párrafos de la resolución mencionada: “Frente a ello [en referencia a la estructura del delito de prevaricato], se advierte que supone un delicado equilibrio, y la necesidad de actuar con suma prudencia cuando se ha de analizar la proyección de la conducta de un juez, en función de sus posibles desaciertos, y la intencionalidad en su comisión”.

¹⁴ DONNA, ob. cit., ps. 421/2.

Actualidad



LA POSESIÓN COMO HECHO PUNIBLE*

por Prof. Dr. h. c. FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER**

SUMARIO: I. Introducción. II. Historia. Derecho Internacional. III. Estado de la investigación. IV. Doble anticipación. V. Fundamentación político-criminal. 1. Delitos puros de posesión. 2. Posesión con intención de producción. 3. Posesión como preparación. 4. Posesión como incentivo de producción. 5. Facilitación de la prueba. VI. Objeciones jurídicas a la anticipación de la punibilidad. VII. Problemas penales teóricos y dogmáticos de los delitos de posesión. 1. Delitos imprudentes de posesión. 2. Posesión como estado. 3. ¿Imposibilidad del deber de poseer sin carga propia? VIII. Otros preceptos penales sin acción u omisión.

I. Introducción

Algunas leyes penales modernas han dirigido la mirada a una forma de hechos punibles que, observada de cerca, plantea considerables problemas: los delitos de posesión de un objeto. Tales delitos son más

* Traducción española del manuscrito alemán *Besitz als Straftat* por Miguel Po-laino-Orts (Becario DAAD-La Caixa en el Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Bonn).
El texto se corresponde con una conferencia magistral dictada por el autor en la Universidad de Sevilla el viernes 14-11-2003.

Abreviaturas empleadas: art.: artículo; nm.: número marginal; BitMG: Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln o Betäubungsmittelgesetz (Ley de estupefacientes); GG: Grundgesetz (Constitución alemana o Ley Fundamental de Bonn); OWiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten u Ordnungswidrigkeitengesetz (Ley de contravenciones administrativas); R: Recomendación; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).

** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho del Este, Universidad de Regensburg (Alemania).

frecuentes de lo que se piensa. No siempre se emplea en ellos, sin embargo, la palabra "poseer". El legislador hace uso, también, de los términos "tener existencias" o "tener o mantener disponible", "custodiar", "almacenar" y similares. Conminada con pena se halla la posesión de explosivos, de armas de fuego, de drogas, de pornografía infantil y de otros muchos objetos. En el Derecho alemán existen más de cien preceptos que conminan con pena la posesión de objetos¹.

Por lo demás, en la suspensión condicional del cumplimiento de la pena, así como en la suspensión condicional del resto de la pena y de medidas de seguridad para la supervisión de la conducta, el Código Penal alemán contiene el mandato de no poseer determinados objetos que puedan brindar al condenado la oportunidad o el incentivo de cometer otros hechos punibles (§ 56c, párrafo 2, núm. 4; 57, párrafo 3; 68b, párrafo 1, núm. 5, StGB). En caso de infracción grave o continuada de este mandato, tiene lugar la revocación de la suspensión de la pena o del resto de pena (§ 56f, párrafo 1; 57, párrafo 3, StGB), o la imposición de una pena, en el supuesto de infracción de las órdenes durante la supervisión de la conducta (§ 145a, StGB).

II. Historia. Derecho Internacional

La conminación con pena de la posesión de objetos no es, sin embargo, un descubrimiento del legislador moderno, ávido de una participación de la punibilidad, ni tampoco únicamente del legislador alemán. Ya a Derechos no evolucionados les hubo de importar la manifestación peligrosa de objetos. Así, la Ley romana contra bandidos y envenenadores del año 81 antes de Cristo castigó con pena de muerte la "tenencia" de veneno; es poco claro si había de probarse la existencia de intención homicida².

Por el contrario, durante la época de la Ilustración se mostró, a pesar de la extensa legislación "policia", una llamativa moderación frente a los tipos penales de posesión. En el Derecho general prusiano de 1794/98, con sus numerosos preceptos de carácter preventivo, uni-

¹ ECKSTEIN, *Besitz als Straftat* (Strafrechtl. Abh., n.F., Bd. 133), 2001, p. 23.
² MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 636.

camente se sometía a pena la entrega a personas no autorizadas de objetos peligrosos, por ejemplo, de veneno (II 20, § 697) y de pólvora (§ 700). Cuando, a finales del siglo XIX, se declaró una ola de atentados con explosivos cometidos por anarquistas frente a los jefes de Estado de entonces, se promulgaron en todas partes de Europa las pertinentes leyes "contra anarquistas" y las leyes "de explosivos" ("Anarchisten- und Sprengstoffgesetze"). La Ley alemana contra el uso criminal y de peligro público de explosivos de 9 de junio de 1884 sometió a pena, entre otras, la posesión de explosivos sin autorización policial (§ 8, 9). Otras leyes se centraron también en la ausencia de autorización, como, por ejemplo, la Ley relativa al combate de enfermedades de peligro público de 30 de junio de 1900. Bajo una aparente infracción del deber de autorización se escondía, en realidad, la prohibición de la posesión³.

También los tratados y las directivas internacionales previeron con presteza la punibilidad de la posesión. Ya el Pacto internacional sobre el opio (*internationale Opiumabkommen*) de 1925 contenía la obligación de prohibir toda posesión de estupefacientes obtenidos a través de personas no autorizadas (art. 7º)⁴.

Por Recomendación núm. R (91) 11 de 9 de noviembre de 1991, el Comité ministerial del Consejo de Europa sugirió el examen de la introducción de punición por la posesión de material de pornografía infantil. La *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre "lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo"* de 28 de mayo de 2001 exige la punición de la posesión de instrumentos de pago sustraídos, falsificados o manipulados de manera ilícita como medio para una utilización fraudulenta (art. 2º), así como de la posesión de instrumentos, objetos, programas informáticos y otros medios que, según su naturaleza, resulten especialmente idóneos para la comisión de falsificación o manipulación de un instrumento de pago con el fin de utilización fraudulenta, y asimismo de programas informáticos con el fin de producir un perjuicio al patrimonio ajeno

³ SCHROEDER, F.-C., *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, ps. 315 y ss.

⁴ Véase ahora el art. 3º del *Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicoactivas* de 20-12-88.

mediante la realización o provocación antijurídica de una transferencia de dinero (art. 4º). También el "Corpus Juris" de regulaciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea define el encubrimiento, entre otros, como la posesión de valores patrimoniales exigidos mediante los hechos punibles previstos por ellos (art. 7º, párrafo 2).

III. Estado de la investigación

Los tipos penales que conminan con pena la posesión de objetos se identifican y problematizan en la Ciencia alemana del Derecho Penal progresivamente como *grupo especial*. Para ellos se ha acuñado, entre tanto, la denominación "delitos de posesión". Con motivo de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Alemania, en 1993, señalé que todavía quedaba pendiente una investigación general sobre el merecimiento de pena de la posesión de objetos y su naturaleza dogmática⁵. Una primera investigación sobre la problemática de la penalidad de la posesión en el marco de la protección de bienes jurídicos la llevé a cabo, en 1994, Cornelius Nestler⁶. En 1996 debatí Otto Lagodny exhaustivamente sobre los delitos de posesión, en su obra *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte (El Derecho Penal ante las limitaciones de los derechos humanos)*, reputándolos anticonstitucionales⁷. En 1999, Eberhard Struensee los designó, en el Libro Homenaje a Grünwald, como "paso en falso legislativo", ya que no definían conducta alguna⁸. Finalmente, en el año 2001, a propuesta mía, les dedicó mi asistente Ken Eckstein su exhaustiva tesis doctoral intitulada *Besitz als Straftat (La posesión como hecho punible)*⁹.

Los manuales de Derecho Penal inglés y angloamericano contienen,

⁵ SCHROEDER, F.-C., *Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz - Kinderpornographie, en Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, ps. 2581 y ss., 2582.

⁶ NESTLER, Cornelius, *Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und Betäubungsmitteln*, en Institut für Kriminalwissenschaftlichen Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, ps. 65 y ss.

⁷ Ps. 318 y ss.

⁸ Ps. 713 y ss.

⁹ Vid. nota 1.

desde hace largo tiempo, apartados especiales sobre los "delitos de posesión"¹⁰. Allí existe incluso la llamada *constructive possession* como mera posibilidad de control. Las correspondientes explicaciones en la literatura angloamericana, no obstante, no ofrecen más que la formulación de algunas objeciones sobre los tipos penales.

IV. Doble anticipación

En la penalización de la posesión tiene lugar, frente a los clásicos delitos de lesión y de resultado, una doble expansión y anticipación. Una primera expansión se produce en la punibilidad de la mera utilización de objetos peligrosos sin tener en cuenta su resultado, como, por ejemplo, la utilización ilegal de explosivos y de armas de fuego. La segunda ampliación consiste en que se somete a pena ya la mera posesión de determinados objetos.

Los delitos de posesión, vistos dogmáticamente, pueden ser, a lo sumo, delitos de peligro, y, en concreto, delitos de peligro abstracto, ya que no se requiere expresamente que el peligro sea constatado.

V. Fundamentación político-criminal

Con la criminalización de la posesión, persigue el legislador diferentes objetivos; o —dicho de otro modo—, en la posesión de objetos ve el legislador diferentes peligros.

1. Delitos puros de posesión

Algunos objetos son ya, de por sí, peligrosos, por ejemplo, los que pueden explotar o inflamarse, o los agentes patógenos. Otros objetos presentan el peligro de que su uso pueda causar daños a través del poseedor o un tercero o que realmente lo provoquen. Esto vale, sobre todo, para la posesión de armas de fuego. A este respecto, entran en consideración no sólo niños o, por lo demás, imputables, como por ejemplo locos homicidas, sino también personas actuantes de manera individualmente responsable.

¹⁰ Vid., por ejemplo, ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., 2003, Cap. 4 3b; LAFAYE, W. R., *Principles of Criminal Law*, 2003, § 5.1.e.

En el Derecho alemán es punible también, desde 1972, la posesión de drogas (§ 29, párrafo 1, núm. 3, BtMG). Esta disposición penal incluye incluso la posesión para el consumo propio. Bien jurídico se considera aquí la salud general, la salud de la población, ya que el consumidor se halla bajo dependencia de las drogas, poniendo con ello en peligro la sanidad pública. Este punto de vista resulta, sin embargo, muy cuestionable, ya que la misma ley ha dejado impune el consumo propio. Mejor parece el punto de vista del peligro de transmisión, que es especialmente obvio en vista de la creciente mezcla entre consumidores y actividad de tráfico de drogas¹¹.

2. Posesión con intención de utilización

Algunos delitos de posesión contemplan como elemento del tipo la *intención de utilización* de los objetos poseídos, es decir, exigen una tendencia interna trascendente. El legislador alemán exige, especialmente en la posesión de documentos peligrosos, el ánimo de distribución (por ej., § 86, párrafo 1; 86a, párrafo 1, núm. 2; 130, párrafo 1, núm. 1d, párrafo 4; 131, párrafo 1, núm. 4; 184, párrafo 1, núm. 8, párrafo 3, núm. 3). También los delitos de intención son delitos abstractos—de peligro¹². Con la intención, el legislador designa expresamente el peligro sospechado.

La intención de utilizar un objeto no incluye, por lo demás, el caso de que otros deban utilizar esos objetos, por ejemplo, que deban distribuir documentos. Con ello, posibilitan una elusión de la punibilidad por división del trabajo. Antiguamente no se tenía reparo alguno en incluir también esta conducta en el elemento de la intención de utilización. Entretanto, el legislador alemán ha precisado los correspondientes preceptos, utilizando la formulación “*para emplearlos o para posibilitar a otro tal empleo*” (por ej., § 130, párrafo 1, núm. 1d, párrafo 4; 131, párrafo 1, núm. 4; 184, párrafo 1, núm. 8, párrafo 3, núm. 3)¹³.

¹¹ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband 2, 8ª ed., 1999, § 56, nm. 6; BVerfGE 90, 145, 187.

¹² SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht* cit., p. 311. A este respecto, SCHROEDER, F.-C., *Neuartige Absichtsdelikte*, en ESER, A.; SCHÜTTEHLM, U. y SCHUMANN, H. (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner*

3. Posesión como preparación

El legislador alemán ha introducido aun otra forma de punibilidad de la posesión. Según el § 310, StGB será penado quien "para la preparación" de un delito con explosivos o con radiactivos custodie materiales radioactivos, explosivos u otros dispositivos especiales requeridos para la ejecución del hecho (similar el § 316c, párrafo 4 en relación a secuestros de aviones y barcos). La formulación "para la" también significa "con la intención de". Al mismo tiempo, se circunscribe la posesión de objetos a un estado de la realización del delito, esto es, a la preparación; es decir, se circunscribe el estado delictivo amplio y peligroso de la preparación mediante una concreción, o sea, a la posesión de los objetos requeridos para el hecho. Una forma similar de punibilidad de la posesión se encuentra en los delitos de falsificación de dinero. Aquí se dice: "quien *prepare* una falsificación de dinero o de sellos de valor, *guardando* placas, moldes, programas informáticos y similares, o custodie un papel determinado para la fabricación de dinero o sellos de valor" (§ 149, 152a, párrafo 5, 275, StGB). En este tipo no se define la custodia, como podría pensarse según el tenor literal, como preparación, sino que también aquí es precisa además una preparación¹⁴, de manera que el tipo viene a convertirse igualmente en una custodia para la preparación. La mera custodia de tales objetos es una mera contravención administrativa (§ 127, OWiG). El delito de preparación es, asimismo, un delito de intención, ya que debe probarse que el autor planea un concreto delito¹⁵.

Estas afirmaciones muestran la estrecha conexión entre la punibilidad de la posesión y el estado delictivo de la preparación. Sin embargo, no parece acertado que, por el contrario, Günther Jakobs explique toda punibilidad de la posesión para la preparación de un delito propio o para la participación en uno ajeno aun en el estado de preparación¹⁶.

zum 70. Geburtstag, 1998, ps. 333 y ss., 335 y ss.; el mismo, *Urteilsammlung*, en *Juristenzeitung*, 2002, ps. 412 y ss.
¹⁴ STREE/STERNBURG-LIEBEN, en SCHÖNKKE/SCHROEDER, StGB, 26ª ed., 2001, § 149, nm. 7.
¹⁵ SCHROEDER (nota al pie 11), p. 300.
¹⁶ *Strafrech. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 6º apartado, nm. 86a. Siguiéndole, NESTLER (nota al pie 6), p. 67.

ya que la preparación exige la intención de la posterior comisión de un delito. La posesión se considera, sin embargo, en parte punible, porque subsiste el peligro de una autoinflamación o de otro autode-sencadenamiento del daño (por ej., un agente patógeno) o *únicamente el peligro* de la posterior comisión de hechos punibles propios o ajenos. Además, subsiste el peligro de la comisión de hechos punibles a través de niños u otros imputables. Este peligro se ha realizado normalmente de manera suficiente en la posesión de armas de fuego.

Sin embargo, resulta cuestionable por qué razón pueda considerarse la preparación como una acción mediante una mera custodia, o sea, mediante una mera posesión. Sobre esto volveremos más adelante.

4. *Posesión como incentivo de producción*

En 1993, a raíz de la mencionada recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se sometió a pena en la República Federal de Alemania la *posesión de pornografía infantil*. Esta ley fue sumamente controvertida, ya que —según el entendimiento clásico— la pornografía entrañaba peligro de suscitar una actitud negativa o incluso agresiva con respecto a la sexualidad únicamente en el consumidor, de modo que sería punible la difusión de pornografía. La mera posesión no puede, sin embargo, producir tales actitudes. Ante la comisión respensible del Parlamento Federal he expuesto, no obstante, que en la pornografía infantil no se divulgan tanto productos de masas como videos privados de reducida tirada. Con ello, cada adquisición y cada posesión de pornografía infantil fomenta la producción de las correspondientes filmaciones. Una correspondiente comisión penal propiamente tal, en consecuencia, a los intérpretes menores utilizados para la filmación¹⁷.

En la utilización de niños para la producción de películas pornográficas se produce un abuso de los mismos, y para ello existen los preceptos penales correspondientes. La policía ha alegado, sin embargo, que las personas intervinientes en las películas y videos son, a menudo,

¹⁷ SCHROEDER, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1990, p. 299, y *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 2581.

irreconocibles. Para su represión se requerirían, en consecuencia, preceptos contra la mera posesión de pornografía infantil. En este punto aparece otra función de los preceptos contra la posesión de objetos: la facilitación de la prueba.

De acuerdo con la función típica de protección de los niños utilizados para las grabaciones, se limita el tipo a la representación de pornografía infantil que reproduzcan un suceso real (§ 184, párrafos 4 y 5, StGB). El perfeccionamiento técnico del carácter de producción e impresión condujo pronto, sin embargo, a que los autores pensarán que se trataba de una simulación de ordenador. Para evitar esta objeción, se incluyeron también las representaciones "cercañas a la realidad". También aquí se muestra, de nuevo, la función de los tipos penales de posesión como facilitación de la prueba.

5. *Facilitación de la prueba*

En general, la penalización de la posesión sirve para ahorrarse la prueba de la adquisición de objetos¹⁸ y para excluir la objeción de la prescripción de la adquisición de la posesión¹⁹.

VI. *Objeciones jurídicas a la anticipación de la punibilidad*

A los delitos de posesión se les ataca por su *anticipación de la protección de bienes jurídicos*. Según Lagodny, "se aproximan a la inadmisión conexión con un pensamiento simplemente permicioso"²⁰. Participan de la crítica general a los delitos de peligro abstracto, a los que frecuentemente se reprocha, ante todo por la "Escuela de Frank-furt", su reblandecimiento y su ruptura en relación a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, no puede renunciarse completamente a los delitos de peligro abstracto, y la misma crítica admite también la existencia de delitos de peligro abstracto con peligros "manifiestos en su contenido de injusto", que "amenacen flagrantemente" los intereses humanos²¹. Según Jakobs, se incluyen aquí, ante todo, la producción

¹⁸ Así, por ejemplo, *Bundestags-Drucksache VI/1877*, p. 9; *VI/3566*, p. 8.

¹⁹ *Bundestags-Drucksache VI/3566*, p. 2.

²⁰ Vid. nota 7, p. 318.

²¹ HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 20.

y conservación de "prototipos de instrumentos delictivos"²². Hemos comprobado que con los delitos de posesión, el legislador quiere impedir de manera clara los delitos existentes.

En los objetos que, por sí mismos, son peligrosos (por ej., objetos autoinflamables) o que pueden ser peligrosos en manos de un tercero (por ej., armas), una custodia apropiada podría, sin embargo, evitar los daños temidos o, en todo caso, impedirlos en gran medida. El sometimiento a pena ya de la posesión contraviene, en consecuencia, la prohibición de exceso. Por lo demás, el requerido deber de cuidado en la custodia resulta asegurado ya por los preceptos penales existentes en la eliminación del homicidio imprudente y de la lesión corporal, en tanto que la norma de conducta en el delito imprudente de resultado es el deber de empleo de esta inobservancia de la norma de conducta en los delitos imprudentes de resultado y de la fijación en el resultado requerido, se ha menospreciado considerablemente hasta ahora el efecto protector de los delitos imprudentes de resultado. A este respecto, completamente errado parece el argumento de que el legislador no podría esperar a la producción del resultado, ya que, para evitar la punibilidad, el ciudadano ha de satisfacer ya el deber de cuidado requerido. Un sometimiento a pena del mero peligro sólo parece conveniente cuando el peligro de producción del resultado sea tan grande que su ausencia resulte una casualidad. En los supuestos de objetos peligrosos, la producción del daño mediante autoinflamación o a través de un empleo abusivo por parte de un tercero constituye, hasta ahora, la consecuencia. Menos críticas deberían despertar los delitos de posesión que exigen, junto a la posesión, una intención de utilización del objeto o, como se expuso más arriba, de posibilidad de su utilización. Estos delitos son limitados frente a aquellos que conminan con pena la posesión sin añadido alguno, esto es, los delitos puros de posesión. La intención debe constatar en el proceso. Sin embargo, ningún sospechoso admittirá que tenía la intención de cometer un hecho punible. Por lo

²² *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgrundsatzverletzung*, en *ZStW*, Bd. 97 (1985), ps. 751 y ss., 770; igualmente, *Strafrecht* (nota al pie 16), apartado 6, nm. 86a.

²³ SCHROEDER, F.-C., *Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1994, § 16, nm. 127.

general, la intención se deducirá en el proceso penal mediante indicios externos, y como tal indicio sirve de nuevo a la posesión. Con ello, el elemento de la intención proporciona al sospechoso únicamente la posibilidad de refutar el efecto indiciario de la posesión a través de la referencia a otro fin distinto²⁴. Aquí tienen su lugar, igualmente, los delitos de posesión como preparación, arriba mencionados. En todo caso, la punibilidad de la mera preparación de delitos debe quedar limitada a los delitos más graves²⁵.

En su muy estimable ponencia presentada en las Jornadas de penalistas alemanes en Frankfurt a. M. en 1985, de manera digna de mención ha sostenido Günther Jakobs la opinión de que un acercamiento del contexto de planificación del autor a la fundamentación penal invadiría el ámbito interno, lesionando con ello el principio del hecho, lo cual sería incorrecto en el Estado de Derecho²⁶. Este parecer no puede ser seguido. Como se ha expuesto, la exigencia de la intención en los tipos penales no significa siempre, en modo alguno, que la intención haya de referirse a la fundamentación penal. Antes bien, la exigencia de la intención junto a la peligrosidad abstracta de la conducta objetiva da al autor únicamente la posibilidad de refutar el efecto indiciario de la posesión mediante la referencia a otro fin. En todo caso, las declaraciones de Jakobs no son completamente claras; en parte, da la impresión de que se vuelve únicamente contra la utilización del elemento de la intención para agravar la pena²⁷.

Objeciones especialmente intensas se alzan contra la punibilidad de la posesión de pornografía infantil. Ya vimos que aquella se fundamenta en la compra de productos, que suscita, ante todo, la demanda de otras grabaciones lesionadoras de menores. Contra esto, ha alegado Herbert Jäger que con la nueva figura jurídica se construye una suerte de inducción retroactiva²⁸. Esta objeción no puede seguirse. Para el

²⁴ SCHROEDER (nota al pie 12), ps. 297 y ss.

²⁵ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, ps. 207 y ss., 334 y ss.

²⁶ *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgrundsatzverletzung* cit., ps. 751 y ss., 769 y ss.; igualmente, *Strafrecht* (nota al pie 16), apartado 6, nm. 86a.

²⁷ *ZStW* 97, ps. 772 y 773.

²⁸ *Irrationale Kriminalpolitik*, en ALBRECHT, P. A. et al. (Hrsg.), *Festschrift für Horst Schiller-Springorum zum 65. Geburtstag*, 1993, ps. 229 y ss., 233.

legislador, no se trata de responsabilidad por el hecho ya cometido, sino de la causa de otros hechos lesionadores de menores. De mayor peso parece la indicación de Theodor Lenckner sobre el principio de responsabilidad y el principio de autorresponsabilidad, según el cual cada uno básicamente ha de organizar su conducta de manera que no lesione ni ponga en peligro el mismo bienes jurídicos, pero no de manera que otros no hagan esto²⁹. Este principio no ha sido, sin embargo, en absoluto reconocido y, si lo ha sido, lo es con una serie de limitaciones³⁰.

Asimismo, el hecho de que algunos delitos de posesión, según la voluntad manifestada por el legislador, sirvan para ahorrarse la prueba de la adquisición, no le priva a los delitos de posesión de su legitimación, ya que en la posesión de armas de fuego la peligrosidad reside en la posesión y no en la precedente adquisición. Incluso objetos tan peligrosos deben, al menos hasta su destrucción, ser custodiados en algún sitio; muchos objetos peligrosos, por ejemplo, los explosivos, han de ser usados bajo determinadas circunstancias, y para ello—requieren ser guardados. Con ello, resulta para muchos tipos de posesión la exigencia de una excepción para fines provechosos o de una restricción de la punibilidad a la posesión no permitida. Mediante esta limitación a una posesión sin autorización no se convierten los tipos penales correspondientes en meros tipos de desobediencia, en tanto que el legislador parte de que, si falta la autorización, es porque no se dan los presupuestos de la misma³¹. Tales tipos penales

²⁹ Zur "Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes": § 201 StGB nach dem 25. Strafrechtsänderungsgesetz, en ARZT, G. et al. (Hrsg.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992*, 1992, ps. 135 y ss., 137 y ss. Sigiündole, SCHITTENHELM, U., *Alle und neue Probleme der Anschlußdelikte im Lichte der Geldwäsche*, en: ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, ps. 519 y ss., 525 y ss.; ALTENHAIN, K., *Das Anschlußdelikt*, 2002, ps. 241 y ss.

³⁰ Vid., especialmente, SCHMOLLER, K., *Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf*, en SCHMOLLER (Hrsg.), *Festschrift für Otto Triffler zum 65. Geburtstag*, 1996, ps. 223 y ss.; también, LENCKNER, LENCKNER, igual en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26ª ed., 2001, nm. 101/101a.

³¹ SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht* cit., ps. 313 y ss.

plantan una gran cantidad de problemas jurídico-penales, especialmente la cuestión de la suposición errónea de existencia de autorización y el problema de una autorización que adolece de vicios jurídicos. Este problema sólo puede ser apuntado en este lugar. Pero debe mencionarse que el legislador alemán considera inválida una autorización obtenida mediante amenaza, soborno o colusión, así como un permiso conseguido por mor de informaciones incorrectas o incompletas (§ 330d, núm. 5, StGB).

VII. Problemas penales teóricos y dogmáticos de los delitos de posesión

La punibilidad de la posesión plantea también graves problemas jurídico-penales, básicamente teóricos y dogmáticos. La posesión es, según la concepción general, un estado voluntariamente construido de dominio de una persona sobre una cosa.

1. Delitos imprudentes de posesión

Una primera dificultad surge de la interpretación, tempranamente desarrollada, de que los correspondientes hechos punibles también serían punibles por *imprudencia*³² y, en lo sucesivo, sería también la posesión imprudente tenida expresamente por punible³³. De esto no debería deducirse que el concepto de posesión en Derecho Penal renuncia a un elemento subjetivo. Antes bien, la posibilidad de la imprudencia debería restringirse por las especiales características de los objetos cuya posesión se prohíbe³⁴. Se reconoce que algunos tipos penales imprudentes con respecto a los particulares elementos del tipo exigen el dolo³⁵.

2. Posesión como estado

Otro problema de mucho peso estriba en que, por lo general, una

³² ECKSTEIN (nota al pie 1), ps. 37 y ss.

³³ ECKSTEIN (nota al pie 1), ps. 36 y ss.

³⁴ ECKSTEIN (nota al pie 1), ps. 100 y ss., 108 y ss. Véase, también, LAFAVE

(nota al pie 10), p. 212.

³⁵ SCHROEDER, *StGB-Leipziger Kommentar* cit., § 15, nm. 2.

conducta humana es considerada presupuesto para la punición. Esta exigencia se contiene, también, en numerosos códigos penales.

No obstante, el concepto de acción, en tanto presupuesto fundametal de la punibilidad, se ha difuminado considerablemente desde hace tiempo. Ya en el año 1904, demostró Gustav Radbruch que la omisión no admitía ser definida como acción³⁶. El llamado concepto social de acción amplió el concepto de acción a toda "conducta humana socialmente relevante"³⁷. Finalmente, Roxin definió la acción como "manifestación de la personalidad", esto es, como "todo lo que puede atribuirse a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción"³⁸. Pero tampoco estas ampliaciones del concepto de acción se hallan en condiciones de incluir en él la posesión como "estado" del dominio.

El legislador alemán, en consecuencia, ha intentado referir la posesión a acciones y omisiones³⁹. La división en un actuar—para la fundamentación de la posesión—y en un omitir—para el mantenimiento de la posesión—es falsa, pues la fundamentación de la posesión puede tener lugar mediante una omisión (por ej., la ausencia de resistencia frente a una importunación de la posesión) y el mantenimiento de la posesión puede llevarse a cabo a través de una acción (por ej., la resistencia frente a una sustracción).

Por lo demás, en los delitos de posesión se somete frecuentemente a pena, junto a la posesión, también expresamente la fundamentación de la posesión, la consecución de la posesión⁴⁰. Además, la punibilidad de la posesión debe servir, según la voluntad del legislador, para hacer superflua—a menudo complicada—la prueba de la adquisición de la posesión⁴¹ y para excluir la objeción de la prescripción de la adquisición de la posesión⁴².

³⁶ Der Handlungsbezug in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, ps. 141 y ss.

³⁷ JESCHECK, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 151; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, § 23, VI 1.

³⁸ *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3ª ed., 1997, § 8, nm. 44.

³⁹ *Drucksache des Deutschen Bundestages* 6/1877, p. 9.

⁴⁰ Véase también LAGODNY (nota al pie 25), ps. 325 y ss.

⁴¹ STRUENSEE, Eberhard, *Besitzdelikte*, en SAMSON, E. et al., *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, ps. 713 y ss., 717.

⁴² ERBS-KOHLHAAS-STEINDORF, § 53 *Waffengesetz*, anotación 10a; *Bundes-*

También en una interpretación de la posesión como omisión de la obligación de posesión debería demostrarse en el autor la posibilidad de una obligación semejante⁴³. Por lo demás, parece dudoso si el deber de renunciar a la posesión se describe de manera suficientemente precisa mediante la palabra "posesión"⁴⁴.

Ante todo, el dar otro significado a acciones y omisiones no afecta a la esencia de la posesión, ni según el sentido de las palabras⁴⁵ ni según el fundamento de su punibilidad como fuente de peligros. Los peligros no consisten en la adquisición de objetos ni en la omisión de su entrega, sino en la posesión como estado.

Insatisfactoria es también, en consecuencia, la definición del Código Penal modelo americano (§ 2.01): "(4) La posesión es un acto, dentro del significado de esta sección, si el poseedor a sabiendas (con conocimiento) ha obtenido o recibido la cosa poseída, o si ha sido consciente de su gobierno (o mando) por un período suficiente para ser capaz de terminar su posesión"⁴⁶.

Finalmente, en la construcción de la posesión como fundamentación activa o como omisión de la entrega de objetos, surgen también ciertas lagunas de punibilidad⁴⁶. Veamos el caso siguiente: A, residente en el extranjero, recibe de su vecino la notificación de que, en su parcela, ha sido depositado un paquete de droga. No hay nadie que pueda extraer la droga de la parcela. A decide mantener la droga. Aquí no concurre ni una acción ni una omisión.

Con ello, fracasan los intentos de interpretar la posesión como una acción o como una omisión, de modo que la posesión sigue siendo, también en Derecho Penal, un estado. Se cuestiona si un tipo penal como el aludido es compatible con los principios del Derecho Penal.

⁴³ STRUENSEE (nota al pie 41), p. 720. Inexacto, LAGODNY (nota al pie 25), p. 327, según el cual también aquí tiene que probarse al autor la adquisición ilegal. En contra, también ECKSTEIN (nota al pie 1), p. 169.

⁴⁴ LAGODNY (nota al pie 25), p. 327; STRUENSEE (nota al pie 41), p. 720.

⁴⁵ STRUENSEE (nota al pie 41), p. 719.

* "Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession". En inglés en el original (nota del traductor).

⁴⁶ ECKSTEIN (nota al pie 1), p. 223.

Como se ha expuesto, el Derecho Penal se basa sobre el presupuesto, más o menos implícito, de que únicamente son punibles las "acciones". El Derecho Penal alemán habla, sin embargo, desde 1975, ante todo del "hecho" (§ 1 y ss., StGB)⁴⁷. También la Constitución alemana determina que un "hecho" sólo puede ser penado cuando su punibilidad estaba legalmente prevista con anterioridad al momento en que el "hecho" fuera cometido (art. 103, Abs. 2). Lagodny considera que los delitos de posesión son anticonstitucionales, porque el artículo 103, párrafo 2, GG, presupone una conducta humana, y la penalización de una realización fáctica no es cubierta por ninguno de los fines reconocidos de la pena, de manera que se produce una impropiedad y, con ello, una contradicción a la Constitución⁴⁸. El Tribunal Constitucional Federal ha explicado que el artículo 103, párrafo 2, GG, sólo contiene el principio *nulla poena sine lege*, es decir, la exigencia de una previa comisión penal, pero no, en cambio, una declaración sobre la culpabilidad de la conducta a la que puede asociarse una pena⁴⁹. Decisivo es, sin embargo, que se satisfaga fehacientemente el principio jurídico-constitucional de culpabilidad. Este principio se concibe, con la teoría tradicional dominante, como "poder-actuar-de-otro-modo", como "posibilidad-de-actuar-de-otra-manera"⁵⁰. Según eso, no basta la posibilidad del deber de poseer, para la compatibilidad con el Derecho Penal de culpabilidad, ya que la punibilidad de la posesión se produce, en algunos pocos casos, ya antes de esa posibilidad. En estos casos, "también se requiere dolo o imprudencia en relación a la posesión. Con ello, se da la compatibilidad con el principio de culpabilidad"⁵¹.

3. ¿Imposibilidad del deber de poseer sin carga propia?

Lagodny ha planteado el problema de que al poseedor no le queda

⁴⁷ No obstante, el § 8 determina, por otra parte, que el hecho se integra bien de un actuar, bien de un omitir.
⁴⁸ Nota al pie 25, ps. 323, 327. De acuerdo, STRUENSEE (nota al pie 41), p. 715.
⁴⁹ BVerfG NJW 1994, 2412 y 1995, 248.
⁵⁰ BGHSt. 2, 194, 200; JESCHKECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* cit., ps. 409 y ss.
⁵¹ ECKSTEIN (nota al pie 1), ps. 239 y ss.

posibilidad legal alguna de deshacerse, en determinadas circunstancias, de la posesión. Para ello, únicamente entran en consideración la destrucción, el deshacerse del objeto o la entrega de objetos prohibidos. Si se trata de objetos ajenos, es punible la destrucción por parte del poseedor como delito de daños. Al deshacerse del objeto corre el peligro de poner los objetos "en circulación", y con ello de cumplir otra alternativa de los correspondientes preceptos penales. Finalmente, con la entrega del objeto, debe el autor responsabilizarse frente al principio *nemo tenetur seipsam accusare*⁵². Por el contrario, la formación de la propiedad evita la ejecución inmediata de estos comportamientos según el reconocimiento de lo logrado en el ámbito de dominio y, con ello, la punibilidad⁵³.

VIII. Otros preceptos penales sin acción u omisión

El reconocimiento de que, en la propiedad, el mero mantenimiento de un estado se somete a pena, plantea finalmente la cuestión de que no existen otros preceptos penales que renuncian a una acción o a una omisión. Lampe ha señalado el tipo de "intervención delictiva como miembro en una asociación criminal" del § 129, StGB y, en este contexto, habló de "delitos de status"⁵⁴. Sólo difícilmente pueden concebirse como acción u omisión los siguientes preceptos: "mantenerse listo para realizar acciones" (§ 87, párrafo 1, núm. 1, StGB), "mantener relaciones con un gobierno o con una persona" (§ 100, párrafo 1; 181a, StGB), "mantener un perro peligroso" (§ 143, StGB), "promover un juego de azar" (§ 284, párrafo 1, StGB), "tener a su cargo una planta nuclear" (§ 327, párrafo 1, núm. 1, StGB). Llama la atención que, en este tema, se emplea a menudo la palabra "mantener", ya sea sola, ya en combinación con otros elementos. Ulfried Neumann, en un simposio grecogermánico celebrado en el año 1999, señaló que la dogmática jurídico-penal alemana había sido dominada durante varios decenios, por los modelos teórico-normativos, y —con

⁵² Nota al pie 7, ps. 328 y ss.

⁵³ ECKSTEIN (nota al pie 1), ps. 250 y ss.

⁵⁴ Recensión al libro de ECKSTEIN (nota al pie 1), en *ZStW*, Bd. 113 (2001), ps. 885 y ss., 896.

⁵⁵ *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en PRITTWITZ/MANOLEDDAKIS (Hrsg.), *Strafrechts-probleme an der Jahrtausendwende*, 2000, ps. 119 y ss., 126.

ello— la interpretación del hecho punible como lesión de una norma de conducta jugaba un papel decisivo. Este cuestionable modelo pierde crédito con la evolución técnica y social. En una sociedad con creciente división del trabajo, se desplazaría el peso de la acción lesionadora de la norma, y sus consecuencias, a la responsabilidad por ámbitos determinados⁵⁵.

ACTUALIDAD

LAS REFORMAS DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL EN 2003: DE LA "TOLERANCIA CERO" AL "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO"

por FRANCISCO MUÑOZ CONDE*

Si alguna definición o frase le cuadra bien a la Parte Especial del Derecho Penal, es la del penalista alemán Karl Binding, cuando decía que "el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario". Desde luego, la Parte Especial lo tiene; cada vez se parece más a un mosaico multicolor, compuesto de innumerables piezas de diversa procedencia y difícilmente reducibles a un denominador común.

Y si ello era ya así en la época de Binding, a principios del siglo XX, mucho más lo es un siglo más tarde, sobre todo en una materia como ésta, a la que se han ido incorporando, en su vertiente represiva penal, los cambios políticos, sociales, económicos, científicos y tecnológicos que se han ido produciendo durante todo el siglo XX hasta este enloquecido siglo XXI que acabamos de comenzar. Junto a los clásicos delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la libertad sexual, la propiedad, por citar sólo los que se refieren a los bienes jurídicos individuales, se han ido añadiendo los de manipulación genética, los relativos a la intimidad cometidos por medios audiovisuales o informáticos, los económicos, los societarios, el lavado de capitales, la información privilegiada en el mercado bursátil. Y si de estos delitos pasamos a los que directamente están relacionados con

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.
! Cfr. BINDING, *Lehrbuch des Strafrechts. Besonderer Teil*, 1902, t. I, p. 20.

bienes jurídicos de carácter colectivo como los relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente, el uso indebido de energía nuclear, la manipulación de productos de consumo, las drogas, el terrorismo, el fraude fiscal y la corrupción en sus diversas formas, el mapa de la Parte Especial del Derecho Penal, bien sea la recogida directamente en el Código Penal o en la legislación penal especial², se amplía en una extensión difícilmente imaginable hace poco más de veinte o treinta años.

Por eso, no tiene nada de extraño que el Código Penal español de 1995, el llamado "Código Penal de la democracia", recogiera en su Libro II el más grande catálogo de tipos delictivos que haya existido jamás en la historia de la codificación penal española y probablemente en la del Derecho Comparado. Pero ello se hizo también a costa, y eso hay que reconocerlo y detectarlo desde el primer momento, de la quiebra de algunos principios básicos y de la provocación de una "in-flación penal" que se puede observar en cualquier exposición, manual, tratado o comentario que se han hecho hasta la fecha de esta materia en la bibliografía española, ya que ninguno baja de las 1.000 páginas y algunos las rebasan con creces.

Este Código Penal es, por tanto, el prototipo de lo que Hassemer califica y critica como "moderno Derecho Penal"³. Un Derecho Penal

² Una de las características principales del Código Penal de 1995 es que, salvo en

la materia regulada en el Código Penal Militar, prácticamente ha derogado la legislación penal especial que se encontraba extramuros del anterior Código Penal, incluyéndola en el nuevo. Esto, que evidentemente ha provocado una extensión desmesurada en el nuevo Código, también ha tenido el efecto beneficioso de reconducir la mayoría de los preceptos dispersos en la anterior legislación penal especial a un denominador común, ubicándolos sistemáticamente. En todo caso, el art. 9º del Código Penal de 1995 prevé que las disposiciones del Título Preliminar (*De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal*) se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas (cfr. MUNOZ CONDE, *Luigi e ombre del modello spagnolo*, en *Modelli ed esperienze di riforma del Diritto Penale complementare, Iai del Convegno, Modena, 14-15 dicembre 2001*, Milano, 2003, ps. 101 y ss.; cfr. también los trabajos de Foffani/Pifaré y Terradillos Basoco, en el mismo volumen). Sobre el estado de este problema en Italia, véase DONINI, *Alla ricerca di un disegno, scritti sulle riforme penali in Italia*, Milano, 2003.

³ HASSEMER, en HASSEMER/MUNOZ CONDE, *La responsabilità per el prodotto en el moderno Derecho Penal*, Valencia, 1995.

que se caracteriza porque en él abundan los delitos de peligro, sobre todo en su modalidad de peligro abstracto, referencias continuas a normas de carácter extrapenal en muchas tipidades configuradas como "normas penales en blanco", y una amplia protección de bienes jurídicos colectivos, difusos, a veces puras funciones de subsistemas sociales como el mercado o la ordenación del territorio.

La quiebra que ello representa para los principios jurídico-penales básicos, como el de legalidad, lesividad, intervención mínima e incluso culpabilidad, es evidente y fue denunciada desde el primer momento por muchos de sus primeros comentaristas⁴.

No obstante, los años transcurridos desde su entrada en vigor, el 24 de mayo de 1996, han servido para que la doctrina y la jurisprudencia hayan ido interpretando y elaborando criterios que han permitido reducir algunos de esos defectos, convirtiendo paulatinamente el Código de 1995 en un instrumento útil de regulación de la convivencia en esta materia siempre conflictiva y políticamente sensible como es el Derecho Penal.

Sin embargo, también desde el primer momento fue objeto de acerbadas e incluso de brutales críticas, aunque muchas de ellas fueron más dirigidas a aspectos concretos de la Parte General antes que a la Parte Especial, que es donde realmente este Código es mucho más criticable. Pero también hay que decir que muchas de estas críticas fueron movidas, bajo la apariencia de críticas técnicas, por la animadversión política al Gobierno (socialista), bajo cuyo mandato se aprobó el Código. No se olvide que poco después de su aprobación (noviembre de 1995) y antes de su entrada en vigor (mayo de 1996), las elecciones generales fueron ganadas en marzo de 1996 por el Partido Popular, un partido político de signo contrario al que apoyaba al Gobierno anterior (PSOE). Y este Partido y el Gobierno surgido de él no miraban desde luego con mucha simpatía el nuevo Código, en cuya votación parlamentaria se abstuvieron.

A pesar de ello, y quizás porque el resto de los partidos le dieron su aprobación, el primer período político con el nuevo Gobierno no

⁴ Véase MUÑOZ CONDE, en *La Ley*, España, del 24-5-96, monográfico dedicado al nuevo Código Penal, con la contribución de otros autores.

tuvo grandes repercusiones en el nuevo Código Penal. Hasta el año 2003 sólo se produjeron algunas reformas concretas que afectaron sobre todo a la Parte Especial, como fueron en 1998 y 2002 la supresión del delito de insubmisión al servicio militar y al respectivo servicio civil sustitutorio, una vez convertido el Ejército en ejército profesional⁵; en 1999 la reforma de los delitos sexuales introduciendo en ellos la corrupción de menores⁶, y la de los malos tratos en el ámbito familiar⁷, y algunas más concretas aún en materia de prohibición de armas quí- micas, corrupción en las transacciones internacionales y la sustracción de menores entre sus progenitores, en los años 2000 y 2002⁸.

Pero de pronto, a principios de 2003, el Gobierno presidido desde 1996 por el señor Aznar, apoyado ya por una mayoría absoluta en el Parlamento tras las elecciones del año 2000, se descolgó con un im- portante paquete de reformas del Código Penal de 1995 que afectaban tanto a la Parte General como a la Especial. Estas reformas se han ido aprobando a lo largo de todo el año 2003. Algunas de ellas, las de 30 de junio⁹ y 29 de septiembre¹⁰, entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y la última y más importante, la de 25 de noviembre de 2003¹¹, el 1º de octubre de 2004, tras una *vacatio legis* de más de un año. Si bien, entretanto, tras el nuevo sesgo político originado por las elecciones de 14 de marzo de 2004, ganadas por el Partido Socialista, parecía que se iban a modificar algunos de estos textos o incluso derogarlos, de momento no parece que a corto plazo, a reserva de alguna reforma concreta que pueda hacerse¹², ello vaya a ser así. De modo que habrá que ir asumiendo

⁵ Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, y Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo.

⁶ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

⁷ Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.

⁸ Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero; Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero;

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre.

⁹ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

¹⁰ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

¹¹ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

¹² Cfr. por ejemplo, Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, en inminente trance, aprobación unánime en el Congreso de los Diputados en diciembre de 2004, con previsible entrada en vigor el 1-1-2005; véase *infra*.

e intentando interpretar y sistematizar el conjunto de reformas dispersas a la Parte Especial, y que han enardecido aún más la interpretación del ya de por sí difícil y complejo entramado normativo contenido en el Código Penal de 1995.

Pero, ¿cuáles son las características más importantes de estas reformas? Lo primero que hay que decir es que muchas de estas reformas han ido incluso más allá de lo que originariamente se avisaba ya como un profundo cambio en la concepción y contenido del Código Penal de 1995 (el llamado con más o menos acierto "Código Penal de la democracia"), convirtiéndolo en lo que el propio Gobierno patrocinador de las mismas llamó el "Código Penal de la seguridad". Desde luego, cuando se emplea la expresión "seguridad" para denominar un texto legal de carácter penal, ya sabemos por experiencia por dónde van los tiros. Las políticas de "seguridad nacional", "seguridad ciudadana", etcétera, se han utilizado siempre y con ese nombre por Estados autoritarios (o en períodos autoritarios de algunos Estados de Derecho) como pretexto para restringir derechos fundamentales y libertades ciudadanas en aras de una mayor eficacia frente al "desorden" y la "inseguridad", el "caos" y el "libertinaje", que según los inspiradores de estas políticas amenazan la paz de la convivencia social en un momento determinado. Que esta situación de "caos" o "libertinaje" exista en estos momentos en España es más que dudoso. Lo que sí existen son determinados problemas políticos, económicos o sociales que tienen diversas causas y manifestaciones, que sólo en parte tienen que ver o pueden solucionarse con el Derecho Penal. Una vez más el recurso al Derecho Penal demuestra hasta qué punto muchos políticos están más decididos a utilizar la vía represiva punitiva, como única forma de luchar contra estos problemas, antes que adoptar medidas sociales o económicas para prevenirlos, y si no eliminarlos por completo, reducirlos. Seguidamente veremos algunos ejemplos¹³ de estas tendencias, que se encuadran entre la llamada "tolerancia cero" y el llamado "Derecho Penal del enemigo".¹⁴

¹³ Una exposición global de estas reformas del año 2003 y de los delitos a los que afecta se puede ver en MUNOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 15ª ed., Valencia, 2004, en los lugares, páginas y capítulos afectados por las mismas.

¹⁴ Sobre la correspondencia y paralelismo entre ambas, véase MUNOZ CONDE,

A) La idea de "tolerancia cero" y su influencia en las reformas penales.

Tomemos como ejemplo uno de los problemas que han motivado una de estas reformas, la seguridad ciudadana. En la reforma de 30 de septiembre de 2003, el criterio de la "habitualidad" se ha utilizado como elemento justificador de un enorme incremento de la represión punitiva de los delincuentes más desfavorecidos económica y socialmente. Sin llegar a la famosa fórmula californiana de *three strikes and you are out*, que permite aplicar penas de prisión de larga duración a la tercera infracción contra la propiedad, el legislador español de 2003, con una fórmula de difícil aplicación práctica, convierte en delito y castiga con pena de prisión la realización en el plazo de un año de cuatro faltas contra la propiedad, constitutivas de hurto simple, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito (400 euros). Según la Exposición de Motivos de esta reforma, las cuatro sustracciones realizadas en el plazo de un año se toman como síntoma de una "delincuencia profesionalizada" que hace de este tipo de hechos su medio de vida. No se trata siquiera de un supuesto de "delito continuado", no sólo porque no se dan los presupuestos que exige esta figura en el artículo 74 del vigente Código Penal, sino porque pueden ser infracciones aisladas sin ningún tipo de relación personal, temporal o espacial entre sí. También pueden darse de forma ocasional, dependiendo de la coyuntura o del estado de necesidad en que se encuentre momentáneamente el sujeto que las realiza. El que cada una de estas cuatro infracciones aisladamente consideradas no supere la cuantía mínima que separa el delito de la falta demuestra también la escasa relevancia o gravedad de las conductas. Sin embargo, la aplicación de una pena de prisión, que en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España no puede ser suspendida condicionalmente, ni sustituida por otra, y puede determinar automá-

ticamente su expulsión del territorio nacional (cfr. art. 89, 1), constituye una reacción punitiva desproporcionada y una forma de "criminalización de la pobreza" que raya en los límites de lo que fue la Ley de peligrosidad social franquista, que fue justamente derogada por el Código Penal de 1995 por su incompatibilidad con el Estado de Derecho. Ahora, en lugar de una peligrosidad sin delito como presupuesto de la aplicación de una medida, se convierte la peligrosidad derivada de la realización por cuatro veces de hurtos de escasa gravedad en el plazo de un año, en presupuesto de la aplicación de una pena de prisión de 6 a 18 meses, en el caso del hurto simple, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito, es decir, a 400 euros (art. 234, 2). Un criterio similar se sigue para convertir en delito de robo y uso de vehículos de motor la sustracción temporal de los mismos cuando la acción se realice cuatro veces en el año y siempre que el montante acumulado de infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito (art. 244, 1). Por otra parte, la prueba de la realización de las cuatro faltas de hurto puede dificultarse cuando se hayan realizado en lugares distintos, incluso muy distanciados, o los perjudicados ni siquiera los hayan denunciado o no habiéndolo hecho no se personen el día del juicio como testigos (¿quién va a viajar para testificar de Barcelona a Sevilla en un juicio en el que se acusa a alguien que le sustrajo el monedero con 50 euros?), y su aplicación práctica puede simplemente ser imposible porque por el transcurso de seis meses desde que una de las faltas se haya cometido en el momento del juicio, ésta hubiera ya prescrito, o por infringir el principio *ne bis in idem*, si mientras tanto el sujeto ha sido ya juzgado y condenado por una de esas faltas. Igualmente, se plantearán conflictos de competencia con el Juzgado que esté entendiendo de una de esas faltas, que inmediatamente tendrá que abstenerse a favor del Juzgado que estuviera juzgando la última de ellas¹⁵.

¹⁵ Todos estos defectos han sido advertidos ya por los comentaristas que se han ocupado de esta reforma, véase MUÑOZ CONDE, *Parte especial cit.*, ps. 382 y s.; GONZÁLEZ RUS, en VV. AA., *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, 2004, p. 441; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VV. AA., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 2004, p. 417.

La habitualidad, en forma de reincidencia constatada por condenas

anteriores, se transforma además de un modo general en el fundamento de una superagravación de la pena, al prever ahora el artículo 66, 5ª en su reforma de 2003 que "cuando concurre la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, *podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate*". Se vuelve así a normas de la dictadura franquista que fueron derogadas ya en los inicios de la transición democrática, que permitían (y ahora vuelven a permitir) que se impusiera la pena superior en grado a la correspondiente al delito, sin otra razón que la de una presunta mayor peligrosidad subjetiva del que ya anteriormente ha sido condenado por haber cometido el mismo delito. Este criterio, justamente criticado por la mayoría de la doctrina que incluso ha llegado a cuestionar la constitucionalidad del mismo y su compatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho, se ha utilizado siempre por los Estados autoritarios para incrementar la represión punitiva de los marginados sociales que cometen delitos de escasa gravedad, y tiene sus orígenes en la figura del *delinquente per tendenza* del Código Penal fascista italiano y en la del *Gewohnheitsverbrecher* de la Ley sobre el delincuente habitual, que fue una de las primeras medidas que adoptó el régimen nacional-socialista alemán en 1993, para imponer el "internamiento en custodia de seguridad", es decir, en *lager* o campos de concentración, por tiempo indefinido, a los habituales incluso en delitos de escasa gravedad como hurtos. Idea que estuvo a punto de llevar a la esterilización de los asociales, "para prevenir una herencia indeseable", como proponía entre otros Edmund Mezger en trabajos al respecto y en su hasta hace poco desconocido Proyecto, realizado para el régimen nazi en 1943, en colaboración con el criminólogo Franz Exner, "para el tratamiento de los extraños a la comunidad"¹⁶. Pero esto en los momentos actuales no deja de ser también la prueba del fracaso social de un modelo económico neoliberal, que transforma en problema penal lo que no es

¹⁶ Véase MUÑOZ CONDE, Edmund *Mezger y el Derecho Penal de su tiempo, en Estudios sobre el Derecho Penal nacionalsocialista*, 4ª ed., Valencia, 2003.

más que un problema social, que nunca se va a resolver con *slogans* tan desafortunados como los de "barrer las calles de basura". La ideología de la "tolerancia cero" neoyorkina se transforma así en una cutre versión hispana, en una "criminalización de la pobreza", con todo lo que ello conlleva de renuncia a las tareas de configuración social y de superación de los obstáculos para la integración social, a las que obliga el modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado en el artículo 1º de nuestra Constitución.

El criterio de la "habitualidad" se utiliza también para sancionar como delito de lesiones, y no como simple falta, y con penas privativas de libertad que pueden llegar hasta los tres años de prisión al que "en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código" que, en principio, castiga sólo como falta con pena de localización permanente o multa las lesiones que no requieren de tratamiento médico o los simples golpes o malos tratos de obra que no llegan a causar lesión. El precepto refleja una tendencia, que también se observa en otros introducidos en esta reforma (cfr. regla 5ª del art. 66, y arts. 234, párrafo segundo; 244, apartado 1, párrafo segundo, anteriormente comentados), a un recusable "Derecho Penal de autor". Efectivamente, en este entendimiento del Derecho Penal el presupuesto de la reacción penal no es tanto el hecho cometido (que puede ser de escasa gravedad), como la personalidad del autor, tomándose el hecho sólo como síntoma de esta personalidad. Evidentemente, el legislador está pensando en personas pendencieras, de carácter agresivo, que sobre todo cuando consumen bebidas alcohólicas suelen meterse en peleas y discusiones en las que muchas veces los contrincantes están en la misma o peor situación. Si el hecho que se puede observar en discotecas, competiciones deportivas o en la misma calle, no pasa de unos golpes o malos tratos o de causar unas lesiones que ni siquiera requieren de tratamiento médico o quirúrgico, no se entiende muy bien, por lo menos desde el punto de vista de un coherente "Derecho Penal de acto", por qué debe ser castigado más gravemente, como reo de un delito que tiene asignada una pena de prisión de hasta tres años. Por otra parte, el presupuesto para aplicar esta norma es sumamente arbitrario, ya que no se basa en previas condenas, sino en la mera constancia (¿cómo? ¿por quién?) de que el sujeto haya reali-

zado, en el plazo de un año, cuatro veces la acción (o acciones) descrita en el artículo 617. La prueba de tales hechos en un juicio no es tarea fácil, si se tiene en cuenta que puede que ni siquiera haya habido actuaciones judiciales o policiales anteriores, o los hechos se hayan cometido en lugares diferentes y en relación con diversas personas que ni siquiera los hayan denunciado, o no haya testigos ni otro tipo de pruebas que acrediten los golpes o malos tratos. ¿Bastará el mero atestado o el informe policial de que es un individuo pendenciero que en el último año ha estado implicado en por lo menos cuatro reyertas o agresiones físicas, de las que no se derivó ninguna lesión relevante? Pero es que, además, una de las faltas se produjo seis meses sin que haya habido actuación que interrumpa el plazo de prescripción, ya no podrá valorarse para constituir el presupuesto del artículo 147. Las mismas dificultades que ya hemos observado respecto a la construcción de un supuesto similar en el hurto en cuanto al *ne bis in idem* y el conflicto de competencias se plantean también aquí.

Un concepto peculiar de "habitualidad" se maneja en el artículo 173, 2, que castiga como delito "contra la integridad moral", con penas de hasta tres años de prisión, al que "habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido" una de las personas ligadas con el sujeto activo por alguna de las relaciones de carácter familiar o cuasi familiar que se mencionan en el precepto (cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad), o cualquier otra integrada en el núcleo de la convivencia familiar. Para apreciar la "habitualidad" en este delito, dice el apartado 3º del artículo 173, "se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercitado sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores". La desafortunada redacción del precepto ha dado pie a que algún autor haya considerado que aquí se describe un "tipo de autor", psicópata o violento aquejado de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, con lo que de nuevo de un "Derecho Penal de autor" ronda este tipo de preceptos en los que se hace descansar todo el desvalor del hecho más en la "habitualidad" que en la gravedad del hecho en sí mismo.

Esto se observa claramente cuando se le da en el Proyecto de Ley sobre violencias de género, que entrará en vigor en enero de 2005, una especial protección a la mujer, lo que ha motivado una criminalización adicional del varón al transformar en delito lesiones, amenazas y coacciones leves "si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". Es evidente que esta "discriminación positiva" penal a favor de la mujer y en contra del hombre tiene difícil justificación jurídica y puede incluso lesionar el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, pero tiene un trasfondo sociológico evidente y responde a los movimientos feministas, a los que son especialmente sensibles los políticos, hasta el punto de que a pesar de algunas objeciones, el mencionado Proyecto ha sido tramitado y aprobado con el voto unánime del Parlamento.

Pero donde más se observa este renacimiento de la idea del "Derecho Penal de autor" acompañada de una política de "tolerancia cero" es en la criminalización de conductas meramente "inmorales" en el ámbito sexual y en relación sobre todo con los menores e incapaces. La alarma creada con el aparente incremento de los abusos sexuales de menores y la utilización de internet para traficar y difundir pornografía infantil han motivado en el año 2003 una serie de reformas del Código Penal, que ya habían sido precedidas por la introducción en 1999 del delito de "corrupción de menores", entendido como "hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste" y castigado con pena de prisión de seis meses a un año o multa (art. 189, 3). Se hace difícil imaginar una "corrupción" que no sea ya un delito de agresión sexual, abuso sexual, exhibicionismo, difusión de material pornográfico, favorecimiento de la prostitución o utilización de un menor en espectáculos pornográficos, hechos todos constitutivos de otros tipos delictivos ya convenientemente sancionados en otros preceptos del Código Penal. Pero el legislador, en su afán de no dejar ningún hueco en la protección de la "indemnidad sexual" del menor o incapaz, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma que éste puede utilizar para penalizar cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente

previstos en los anteriores delitos, deba ser castigado. Y por si esto fuera poco, el legislador de 2003 ha creado nuevos tipos penales en relación con este tema, penalizando la posesión, "para su propio uso", de material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces (art. 189, 2), o la producción o difusión de material pornográfico "en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada" (art. 189, 7). En el primer caso, se penaliza ciertamente un favorecimiento indirecto de la pornografía con menores, en la medida en que el consumidor de la misma, aunque sólo la obtenga para su propio uso, esta fomentando que la misma se lleve a cabo; pero el precepto, igual que otras conductas meramente posesorias para el propio consumo, como la de drogas ilegales, esta criminalizando *ex post* a alguien que directamente *ex ante* no ha participado en el delito de utilización de menores o incapaces en la elaboración de material pornográfico. En el segundo, se llega incluso más lejos, pues ni siquiera se exige la utilización directa del menor, sino que basta la utilización de imágenes virtuales sin ninguna base real. No estamos aquí de nuevo ante un "Derecho Penal de autor" que penaliza la tendencia pederasta como tal, aun sin traducirse en actos que incidan directamente en el menor o incapaz? Por lo demás, objeción común a ambos preceptos es la posible lesión del derecho fundamental a la intimidad y las dificultades de prueba que para la persecución de los mismos se pueden dar: ¿Bastará la sospecha de que alguien tiene este tipo de material en casa, incluso para uso privado, para justificar una orden judicial de allanamiento y registro? ¿Qué cantidad se considerará que excede del simple uso y constituye ya posesión para el tráfico?

Pero la más clara expresión de un "Derecho Penal de autor", que recuerda la vieja concepción de los "tipos de autor" de la antigua Criminología positivista nazi, es en relación con la reintroducción del delito de proxenetismo en la redacción que se le ha dado, tras la reforma de 29 de septiembre de 2003, en el apartado 1 del artículo 188, en el que se castiga con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 14 meses al que "se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma". Con este precepto se quiere penalizar más una forma de vida o un tipo de

autor (el "chulo", o "proxeneta") que la realización de actos concretos contra la libertad de la persona prostituida. La declaración expresa de irrelevancia del consentimiento de ésta para excluir el castigo del proxeneta hace aún más recusable el precepto pues, en un afán desmedido de paternalismo jurídico, sitúa a la persona prostituida en los límites de la inimputabilidad o de la incapacidad de obrar, lo que ciertamente puede darse en algún caso, pero no en la mayoría de ellos. El proxenetismo es desde luego una lacra, pero tan vinculado a la prostitución que casi es tan viejo, frecuente e inevitable como la prostitución misma. Se podría haber redactado el precepto de modo que se exigiera para su punibilidad algún tipo de restricción o atentado a la libertad de la prostituta, pero no prescindir totalmente de la voluntad de ésta, porque puede que incluso encuentre en su "chulo", que además puede ser el padre de sus hijos, la protección necesaria frente a los clientes morosos, sádicos, maltratadores o excesivamente exigentes, pero también frente a otros explotadores o personas prostitutas que no quieren la competencia. Penalizar sin más esta figura supone casi tanto como penalizar la prostitución e incrementar la marginación social de la misma.

Estos ejemplos demuestran que la famosa "tolerancia cero" ha hecho también mella en la política criminal adoptada por el legislador español para combatir la delincuencia callejera de baja intensidad, o comportamientos simplemente molestos socialmente o de dudoso merecimiento de pena, pero que inciden directamente en la vida cotidiana de los ciudadanos que nutre principalmente el cuerpo electoral y que en las "encuestas de victimización" se sienten muchos más afectados por este tipo de hechos que incluso por otros más graves que sólo raramente inciden directamente en el estilo de vida (*life style crimes*)¹⁷. Los efectos

¹⁷ Estas teorías, así como las de la llamada "prevención situacional", han tenido gran éxito en la Criminología norteamericana de finales del siglo XX, entre otras cosas porque se dirigen al ámbito de la criminalidad que más se deja sentir en la vida cotidiana; de ahí que se les denomine "Criminología de la vida cotidiana"; cfr. HASSEMÉR/MUNOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2001. La imagen que se emplea para describirlas es la de las "ventanas rotas" (*broken windows*): si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello induce más a entrar a los ladrones que una casa que da una imagen de solidez y no tiene desperfectos. Estas opiniones fueron lanzadas por primera vez en 1982, en un breve artículo, por

negativos de esta política criminal han sido ya denunciados repetidas veces y son tanto de carácter jurídico como criminológico. Desde el punto de vista jurídico, suponen una infracción clara del principio de intervención mínima y de proporcionalidad ("matar mosquitos a cañonazos"), y la conversión del "Derecho Penal de acto" en un "Derecho Penal de autor" más propio de los sistemas penales autoritarios e incluso de carácter totalitario y racista.

Pero también desde el punto de vista criminológico se ha denunciado su falta de eficacia a mediano y largo plazo. Como se ha demostrado, la aplicación de una "tolerancia cero" en determinadas zonas o ciudades no hace bajar el número total de delitos cometidos, sino simplemente *desplaza* el lugar de comisión de los mismos. Si se ponen, por ejemplo, muchos policías y se hacen frecuentes controles policiales con redadas, detenciones de los no identificados, etcétera, en determinadas zonas de la ciudad, es posible y casi seguro que en esas zonas baje la criminalidad que más característicamente produce la alarma y la inseguridad ciudadanas (el "tíron", la prostitución, la venta de drogas), pero eso ocurre porque simplemente la comisión de esos hechos se desplaza a otras zonas, verdaderos *ghettos*, a los que ni siquiera se atreve a entrar la policía, o a otras ciudades que son más "liberales" o tienen menos medios policiales. También cabe que el *desplazamiento* sea a la comisión de otro tipo de delitos, incluso más graves.

La idea de tolerancia cero también conduce a la criminalización de conductas como la mendicidad o la prostitución callejera, que ciertamente pueden representar una molestia o incomodidad para la seguridad o la tranquilidad ciudadana, pero que no son verdaderamente conductas delictivas. La *victimia individual* apenas es tenida en cuenta y la relación delincuente-víctima es sustituida por la idea de que todos podemos ser víctimas y, por tanto, el motivo de intervención es la seguridad de todos en general, no la posible lesión de un bien jurídico en particular. Y todo esto, no sólo ya como un hecho aislado, o una reacción desproporcionada explicable, aunque no justificable, en fun-

WILSON y KELLING, *Broken windows*, publicado en *The Atlantic Monthly*, 1982, ps. 29-38, y han sido luego desarrolladas por ellos mismos y por William Bratton, constituyendo un movimiento criminológico que algunos califican como "realismo de derechas"; cfr. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, Madrid, 1998, ps. 15 y ss.

ción de circunstancias extremas, sino como una regla general, como una forma normal de proceder en todo caso y con buena conciencia. Pero las principales objeciones contra la "tolerancia cero" provienen desde el punto de vista de su escasa eficacia en la prevención general de la delincuencia. Efectivamente, se ha demostrado que las políticas de "tolerancia cero", que se han implantado en muchas ciudades americanas, siguiendo el modelo de la de Nueva York a principios de los '90, aunque momentáneamente parecían reducir algo las cifras de criminalidad generadoras de inseguridad ciudadana (hurtos, robos, daños, etc.), analizadas a más largo plazo no han hecho bajar de forma relevante el número de delitos, ni siquiera el de los delitos menores, y si, en cambio, han provocado un aumento imprevisto del gasto policial, lo que, obviamente, conduce también a un aumento de la actividad judicial y del número de condenas, con el consiguiente aumento de la población penitenciaria, ya que la mayoría de estos delincuentes son condenados a penas de prisión. Incluso este aumento de la dotación policial ha provocado también el aumento de las quejas de muchos sectores ciudadanos contra la violencia y excesos policiales, motivados por las reacciones desproporcionadas con que a veces la policía ha actuado en casos en los que no había ningún peligro de comisión de un delito. Así, por ejemplo, en Nueva York, en enero de 1999, una dotación de cuatro miembros de la unidad de policía de "lucha contra los delitos callejeros", que buscaba a un presunto violador, realizó 41 disparos, de los que 19 dieron en el blanco, contra un joven inmigrante guineano de 22 años, que se encontraba tranquilamente en el vestíbulo de un edificio, hiriéndolo mortalmente (caso "Diallo"). Y en marzo de 2001, en la ciudad de Filadelfia, dispararon contra un joven conductor de raza negra que se saltó un semáforo en rojo, porque al ir éste a identificarse pensaron que iba a sacar un revolver de la guantera. Con motivo de este luctuoso suceso, que se añadía a otros muchos que se habían producido en el último año, se desencadenaron durante varios días diversos motines y revueltas en la población de raza negra de la ciudad, hasta el punto de tener que declararse el "estado de sitio" para restablecer el orden. Lo mismo sucedió en la ciudad de Los Angeles, a principios de los años '90, con el caso "Rodney King", que fue apaleado por un grupo de policías, que luego fueron absueltos por

un jurado compuesto en su mayor parte por policías jubilados de raza blanca¹⁸. He aquí algunos datos sobre los efectos de esta política en los Estados Unidos de América:

El aumento de la población penitenciaria en Estados Unidos en los últimos diez años como consecuencia de esta política ha sido impresionante, se ha triplicado, pasando de setecientos cuarenta mil a casi dos millones. La cuota de reclusos por cada 100.000 habitantes era en 1997 de 646, seis veces superior a la media de la Unión Europea, que apenas pasa de 100 (la de España es de 113) (fuentes: Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmate Mid-Year 1988*, Washington, 1999; Council of Europe Annual Statistics, Strassbourg, 1997). Pero es que, además, la mayoría de la población carcelaria está compuesta por pequeños delinquentes, particularmente toxicómanos, condenados aparte de por tráfico de drogas a pequeña escala, por robos, hurtos, desórdenes, etcétera, de los que la mayoría procede de los sectores económicos más bajos de la sociedad, desempleados, principalmente negros y latinos, en una proporción de 10 por cada condenado de raza blanca. Ante esta realidad, suena bastante cínico que el presidente Reagan llegara a decir que "la principal causa del delito es, por supuesto, el delincuente", contra el que pedía toda la dureza de la ley, *no more excuses*, nada de indulgencia¹⁹. El crecimiento desmesurado del sector penitenciario dentro de la administración pública no ha impedido, sin embargo, que se haya tenido que recurrir a la "prisión privada" o al sector empresarial para que organice el trabajo dentro de las prisiones, convirtiéndolo en un trabajo productivo y bastante rentable²⁰.

Si de la experiencia norteamericana pasamos a la habida en Ciudad de México, donde por influencia del ex alcalde de la ciudad de Nueva York, Rudolph Giuliani, el gran propagandista y propagandista de esta política, a quien parece que un grupo de empresarios mejicanos le pagaron por su asesoramiento cuatro millones de dólares, se ha aplicado

¹⁸ Sobre este caso y sus incidencias jurídicas y sociales, véase FLETCHER, *Las víctimas ante el jurado*, trad. de Medina Ariza y Muñoz Aunión, Valencia, 1998, ps. 65 y ss.

¹⁹ Citado por WACQUANT, *Las cárceles de la miseria* cit., ps. 62 y s.

²⁰ Para más detalles cfr. HASSEMER/MUNOZ CONDE, *Introducción a la Criminología* cit., ps. 328 y ss.

en estos años una política de "tolerancia cero", los resultados tampoco parecen mejores:

¡Ni la calidad de vida, ni el tráfico automovilístico, sector en los que se acometió una estrategia de combate al desorden con la aplicación del alcoholímetro y severas sanciones a los infractores de tráfico, retirada de vehículos abandonados, sanciones a limpiaparabrisas, "gortilas" y "graffiteros", etcétera, han mejorado notablemente. Tampoco las negociaciones con las llamadas "sexoservidoras" han mejorado la imagen de las zonas donde siempre se ha practicado la prostitución, ni se ha erradicado el "narcomenudeo" o los pequeños hurtos; por no hablar de otros delitos más graves como atracos en plena vía pública, secuestros, homicidios, o del linchamiento en un barrio marginal de Ciudad de México a principios de diciembre de 2004 de dos policías por un grupo de delinquentes casi en presencia de fuerzas policiales que no intervinieron, mientras el hecho era captado con toda tranquilidad por las cámaras de televisión de las principales cadenas que lo transmitían en directo a todo el país (datos recogidos de noticias de medios de comunicación mejicanos de la primera semana de diciembre de 2004).

A la vista de todos estos datos, y de otros muchos similares que se han constatado en los lugares en los que se ha implantado la política de "tolerancia cero", se puede predecir lo que puede ocurrir, lo que está ocurriendo ya en España, con las reformas del Código Penal, que recientemente han entrado en vigor en materia de seguridad ciudadana. Lo que provoca esta política, en el fondo, es, desde el punto de vista de su eficacia preventiva, una irrelevante disminución de algunas formas de criminalidad escasamente relevante desde el punto de vista cualitativo a cambio de un aumento de la "criminalización de la pobreza". La globalización de la economía ha traído consigo en todo el mundo, incluso en los países de mayor nivel económico, un aumento de una población subproletaria, con gran número de desempleados, escasa cualificación laboral, emigración ilegal, etcétera, que lógicamente está abocada a la delincuencia, o por lo menos a un cierto tipo de delincuencia de supervivencia. Ciertamente, es muy difícil que ninguna sociedad admita que tres millones de desempleados puedan impunemente robar, pero el problema del desempleo no se soluciona con

21 Cf. HASSEMER/MUNOZ CONDE, *Introducción a la Criminología* cit.
 22 Cf. JAKOBS, *La ciencia penal ante los retos del futuro*, trad. de Teresa Manso, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *La ciencia del Derecho Penal ante el cambio de milenio*, coordinador de la edición española: Francisco Muñoz Conde, Valencia, 2004, ps. 53 y ss. (esp. 59 y ss.). La expresión en alemán *Feindstrafrecht* fue utilizada ya por el citado autor en su ponencia a las Jornadas de Penales Alemanes de Frankfurt en 1985, aunque en un sentido más bien crítico.

Pero si de la criminalidad menor en importancia cualitativa pasamos a la criminalidad de mayor gravedad, observamos en las reformas recientes del Código Penal español una tendencia que más que a la idea de "tolerancia cero" responde a lo que el penalista alemán Günther Jakobs denomina "Derecho Penal del enemigo".²² Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza

penales.
 B) El "Derecho Penal del enemigo" y su influencia en las reformas

cero".²¹
 Los sectores más perjudicados por la globalización y la "tolerancia que puedan dar a través de sus organizaciones, sindicatos, etcétera, social y democrático de Derecho, y de la capacidad de respuesta política la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado que puedan oponer los criminólogos y penalistas comprometidos con hoy dominan el mundo; pero también del nivel de resistencia intelectual y de la sensibilidad social de los agentes políticos y económicos que sea algo más que una moda, dependerá de la evolución de la economía diferencias económicas, culturales y sociales de cada país. Que ello extender como modelo a todo el mundo, independientemente de las único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere idea de "tolerancia cero" no es más que la expresión de un pensamiento social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario, y la del modelo económico" está provocando una reducción del Estado izquierda, en los países de mayor nivel económico. La "globalización de los programas de la mayoría de los gobiernos, incluidos los de la ayuda y obras sociales. Desgraciadamente, ello parece hoy estar lejos con una más justa redistribución de la riqueza, con mayor gasto en de más cárceles, sino con una inteligente política social y económica, un aumento de la represión penal y policial, ni con la construcción

a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recorriendo las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Un panorama sin duda duro y desolador, pero, según dice el citado autor, inevitable, "pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad"²³.

Ejemplos de este Derecho Penal excepcional ha habido siempre desde los orígenes de la codificación penal en el siglo XIX, cuando desde el primer momento se tuvo que recurrir a leyes penales excepcionales, contrarias al espíritu liberal y constitucional que inspiraron los primeros códigos penales. Así, por ejemplo, en España pronto apareció una legislación excepcional para reprimir primero el bandolerismo, luego los movimientos sociales de carácter anarquista de finales del siglo XIX, y sobre todo tras la Guerra Civil (1936/39) una legislación penal de carácter bélico militar que se prolongó con mayor o menor intensidad durante todo el régimen de la dictadura franquista (1939/1975), que culminó en septiembre de 1975 con la ejecución de cinco miembros de grupos terroristas condenados a muerte por un tribunal militar.

Ejemplos de este tipo los ha habido también durante todo el siglo XX en muchos países europeos y, por supuesto, en otras partes del mundo, especialmente durante períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en las dictaduras del cono sur americano (Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil) durante los años '70 y parte de los '80 del pasado siglo.

Probablemente, la novedad de este "Derecho Penal del enemigo", al que ahora se refiere Jakobs, es que este tipo de Derecho Penal excepcional, contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, empieza a darse también en los Estados democráticos de Derecho, que acogen

en sus constituciones y textos jurídicos fundamentales principios básicos del Derecho Penal material del Estado de Derecho, como los de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y sobre todo los de carácter procesal penal, como los de presunción de inocencia, debido proceso y otras garantías del imputado en un proceso penal. El tráfico de drogas, el terrorismo y el fantasma de la criminalidad organizada han sido los problemas que han dado y están dando lugar a este tipo de Derecho Penal excepcional.

A este respecto, Jakobs menciona varios ejemplos de los sujetos que pueden calificarse como enemigos, señalando:

El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual "peligroso" según el párrafo 20.a del Código Penal alemán), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo "complot de asesinato"), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento²⁴.

Aun sin llegar tan lejos, algunos de los ejemplos de este "Derecho Penal del enemigo" que menciona Jakobs los hemos visto ya en el epígrafe anterior cuando hablabamos de "tolerancia cero" en relación con los nuevos preceptos sobre "habitudinalidad", proxenetismo y tenencia de pornografía en la que se haya utilizado a menores o incluso la voz o la imagen deformada de éstos. Pero ahora nos referiremos a otros en los que igualmente puede hablarse de "tolerancia cero", pero de una "tolerancia cero" de mayor alcance y magnitud, porque se refiere a delitos más graves y a una forma también más dura de combatirlos, más allá de los parámetros de represión penal admisibles en el Estado de Derecho. Esto es lo que, si no lo interpreto mal, Jakobs llama "Derecho Penal del enemigo". Desde luego, algunas de las reformas penales del Código Penal español introducidas en 2003, aunque no

sólo ellas, reflejan claramente las características que según Jakobson responden a este tipo de Derecho Penal. Veamos algunas de ellas.

- Como ejemplos de penas desproporcionadas, junto a las que ya desde hace tiempo pueden aplicarse en caso de tráfico de drogas y terrorismo (cfr. por ejemplo, respecto al tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370, y respecto al terrorismo, arts. 57 y ss.), tenemos ahora la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que en el artículo 318 bis permite imponer penas que pueden llegar a los quince años de prisión, en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, cuando el propósito fuera la explotación sexual de personas, se realice con ánimo de lucro y el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades; o hasta diecisiete años y seis meses de prisión cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. Desde luego, a los que organizan uno de esos viajes para los emigrantes que pretenden atravesar el Estrecho de Gibraltar en "pateras", podría salirles más barato matar a alguno de ellos, o decir que la joven que quiere trabajar como prostituta en España, en realidad lo que quiere es trabajar de esclava por un sueldo de miseria en casa de una rica familia. Si a ello se añade que a alguno de estos traficantes de personas, que actúan en grupo, incluso de forma transitoria, se le ocurre traer un poco de *hashish* en sus bolsillos para ganar algún dinero vendiéndolo, los veinte años de prisión no hay quien se los quite.

- Un régimen de dureza extrema, nunca habida antes, si prescindimos ahora de la pena de muerte, con la pena de prisión en España, representa el nuevo régimen de prolongación de dicha pena hasta cuarenta años, sin apenas posibilidades de reducción y concesión de la libertad condicional, tal como establecen ahora los artículos 78 y 90, tras la reforma de 30 de junio de 2003, que entró en vigor el mismo día de su publicación, para los delitos de terrorismo. Naturalmente, ello no impidió que se produjera el atentado terrorista de 11 de marzo de 2004. Ni tampoco parece que sea ésta la pers-

- Como ejemplo de anticipación de la intervención del Derecho Penal a supuestos alejados incluso de la puesta en peligro del bien jurídico, tenemos los preceptos relativos a la apología del genocidio (art. 607, 2) y la indirecta del terrorismo, a través de su enaltecimiento o justificación (art. 578), o la penalización de la convocatoria de referéndum ilegales (art. 506 bis), y de la concesión de ayudas o subvenciones a partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial (art. 576 bis), introducida de forma subrepticia en la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre de 2003, aprovechando una Ley de acompañamiento a la Ley de Presupuestos. Hasta tal punto se ha considerado que estos dos últimos preceptos constituyen una extralimitación del poder punitivo, que una de las primeras reformas penales que pretende adoptar el Gobierno salido de las elecciones del 14 de marzo de 2004 es suprimirlas.
- Y como ejemplo de recorte de garantías procesales, siguiendo el ejemplo de preceptos del Act Patriotit de Estados Unidos que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores y otras muchas violaciones de derechos fundamentales, están las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo en Inglaterra (cfr. sin embargo, infra); o la aceptación como prueba, sancionada legalmente en muchos países, de la declaración del "arrepentido", en los casos de terrorismo y criminalidad organizada (*chiamata di correo*, en Italia; "testigo protegido", en la Ley sobre crimen organizado en México). En España, aunque en los últimos años, salvo en materia de prisión preventiva, no se han hecho reformas procesales específicas, existen prácticas jurisprudenciales que admiten como prueba de cargo contra un acusado la "declaración del coimputado" (cfr. STS de 29-7-98: caso "Marey")²⁵, o la utilización como medio de prueba

²⁵ Cfr. MUNOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, ps. 69 y ss.

de grabaciones audiovisuales obtenidas de una forma, que, como repetidamente ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo respecto al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, violan la intimidad porque no respetan determinados principios y garantías.

Pero una vez constatada la existencia de algunos preceptos existentes en la legislación penal positiva, de lo que se trata es de ver hasta qué punto son legítimos, es decir, si están o no en consonancia con los principios del Estado de Derecho y respetan los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Este es el problema principal y, precisamente por eso, se plantean continuamente en torno a ellos cuestiones de inconstitucionalidad y dan lugar a innumerables recursos de amparo, cuando se aplican en algún caso concreto en los procesos penales que diariamente se tienen que fallar por los Tribunales de los países democráticos en los que estos principios se encuentran acogidos en los textos constitucionales y son vinculantes para esos Tribunales. Y efectivamente muchas veces los Tribunales Constitucionales de estos países o los de derechos humanos de carácter internacional han declarado la inconstitucionalidad de estos preceptos o han anulado condenas que se habían basado en los mismos. Como podemos ver en algunas decisiones habidas en la jurisprudencia española más reciente:

Así, por ejemplo, la STC de 16 de diciembre de 1987 declaró inconstitucional y parcialmente nula la aplicación del régimen excepcional que establecían los artículos 13 a 18 de la Ley Orgánica 96/1984 a la apología de los delitos relativos a bandas armadas, elementos terroristas y rebeldes. La STC de 20 de julio de 1999 anuló la STS de 29 de noviembre de 1997, considerando que la aplicación del artículo 174 bis a, del anterior Código Penal (colaboración con banda armada) a la decisión de la Mesa Nacional de Herri Batasuna de ceder sus espacios electorales gratuitos a la difusión de un vídeo propagandístico de la banda terrorista ETA infringía el artículo 25, 1 de la Constitución. La STC 18/2003, de 23 de octubre ("caso autopista de Andalucía"), anuló otra del TS en la que se había condenado a unos funcionarios por cohecho, utilizando como prueba unas grabaciones telefónicas decretadas por el juez instructor a raíz de una denuncia anónima.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado repetidas veces que la regulación que de este problema hace el artículo 579, 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española es insuficiente por no respetar principios de proporcionalidad, suficiente control judicial, etcétera (casos "Valenzuela" y "Prado Bugallo"). Y ya son muchas las decisiones del Tribunal Supremo y de otras instancias judiciales españolas que, siguiendo este criterio, han anulado pruebas obtenidas con infracción de estos principios, incluso en relación con delitos graves, principalmente de narcotráfico²⁶.

A pesar de estas y de otras decisiones similares adoptadas por los tribunales de justicia en otros países, los Gobiernos y Poderes Legislativos, incluso en países con más tradición democrática que el nuestro, presionados por los medios de comunicación y por una opinión pública alarmada por el incremento de estos problemas, sobre todo a partir de los graves atentados terroristas de los últimos años y especialmente el del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York, han adoptado una serie de medidas legislativas que bordean, cuando no claramente infringen, los límites constitucionales del Derecho Penal en el Estado de Derecho. Un ejemplo de este tipo pueden ser el USA Patriotic Act de octubre de 2001 y las órdenes militares aprobadas en Estados Unidos tras el atentado del 11 de septiembre. Afortunadamente, en ese mismo país algunos jueces han considerado inconstitucionales muchos de esos preceptos por infringir derechos fundamentales como el derecho al debido proceso, a la intimidad, etcétera, aunque lo cierto es que de un modo u otro siguen estando vigentes y dando lugar a situaciones como la de los presos afganos en la base americana de Guantánamo, y a los abusos y torturas de los presos iraquíes en la cárcel de Abu Chtaig.

Este mismo año, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su sentencia de 3 de marzo de 2004, ha declarado inconstitucional la regulación que en 1999 había introducido el legislador alemán en la Ordenanza Procesal Penal, por la que se permitían graves intromisiones empleando como medios de prueba grabaciones de conversaciones en el ámbito de la intimidad más estricto (*grosse Lauschangriffe*), por no cumplir determinadas garantías, requisitos derivados del principio de

²⁶ Véase sobre esta jurisprudencia MUÑOZ CONDE, *La valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Buenos Aires, 2004, ps. 45 y ss.

legalidad y de proporcionalidad²⁷. Y en diciembre de 2004, la Cámara de los Lores inglesa ha sentenciado que la Ley antiterrorista inglesa de 2001, patrocinada por el Gobierno Blair, que permitía la detención gubernativa sin límite temporal de extranjeros sospechosos de terrorismo (una especie de "Guantánamo británico", como se le había dado en llamar), infringe entre otros derechos de la Convención Europea, el derecho a la igualdad jurídica entre extranjeros y ciudadanos, y al debido proceso y a la protección judicial efectiva. "La prisión indefinida sin cargos ni juicios es anatema en un país que observa el imperio de la ley", escribe en sus conclusiones Lord Nicholls de Birkenhead. Y aún más contundentemente escribe Lord Hoffmann, otro de los ocho magistrados que se pronuncian en contra de esta Ley: "La verdadera amenaza para la vida de esta nación, entendida como un pueblo que vive de acuerdo con sus tradiciones y sus valores políticos, no viene del terrorismo, sino de leyes como ésta"²⁸.

Parece, pues, que la existencia de un "Derecho Penal del enemigo" no goza del aprecio y simpatía de los Tribunales encargados de vigilar si las normas penales (o de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico) se adaptan a los principios del Estado de Derecho y respetan los derechos fundamentales reconocidos tanto internamente en las Constituciones como internacionalmente en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos. Por tanto, el único problema que debería plantear al jurista no sería más el de comprobar su compatibilidad con estos principios. Pero no cabe duda de que, igual que veíamos en relación con el movimiento de la "tolerancia cero", existe hoy en día una tendencia a utilizar el Derecho Penal de un modo más enérgico y contundente, incluso saltándose si fuera necesario los límites que le imponen el Estado de Derecho y el reconocimiento, tanto a nivel nacional como internacional, de los derechos humanos. Ante esta situación debe preguntarse: ¿Hasta qué punto es legítimo un "Derecho Penal del enemigo" que no se atenga a los principios del Estado de Derecho y viole preceptos constitucionales y declaraciones internacionales a favor de los derechos humanos?

²⁷ Véase comentario a esta sentencia en MUNOZ CONDE, *La valoración de las grabaciones audiovisuales...* cit., p. 50.

²⁸ Textos recogidos en diversos medios de comunicación del 18-12-2004.

Y sobre todo, ¿cuáles son los límites que debe tener el mismo, si es que, por su naturaleza, admite algún tipo de límites?

¿Será también la "guerra sucia" contra el terrorismo un "Derecho Penal del enemigo"? ¿Lo es el llamado "asesinato selectivo" practicado por el ejército israelí lanzando misiles contra los presuntos dirigentes de los grupos terroristas palestinos cuando se encuentran en sus casas o viajan en coche? ¿Lo son los crímenes de guerra, cuando se remata a soldados heridos e indefensos, o los llamados "daños colaterales" de los bombardeos, cuando éstos alcanzan a civiles, a población no combatiente, a mujeres y niños? ¿Lo son la tortura como medio de averiguación de la verdad, la prisión sin los derechos mínimos reconocidos internacionalmente a los presos, la privación de libertad meramente gubernativa, sin control judicial, sin derecho a la asistencia de un abogado designado libremente, por tiempo indefinido? ¿La pena de muerte?

A estas cuestiones, no cabe duda, se puede contestar de diversas maneras, y en esas respuestas habrá implícita o explícitamente algo más que una actitud puramente jurídica. Así, por ejemplo, alguien dirá: Si se trata de una guerra, en la guerra cabe todo, con tal de ganarla. Al enemigo no se le reconocen derechos, se le combate sin más; se le caza "vivo o muerto"; "No hay mejor terrorista, que el terrorista muerto", decía un viejo ministro de la Gobernación que también había sido ministro en la dictadura franquista.

A este respecto Jakobs ofrece la siguiente fundamentación:

"Los enemigos no son efectivamente personas" ("*Feinde sind aktuell Unpersonen*", en el original alemán)²⁹. Por tanto, no pueden ser tratados como tales.

²⁹ En la traducción de Teresa Manoso, que aquí se maneja, se dice (p. 60): "Los individuos son actualmente no personas". Según algunos entendidos en la terminología funcionalista que usa este autor, Jakobs utiliza el concepto de persona como equivalente a sujeto de derecho, subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo (cfr., por ej., PORTILLAS CONTRERAS, *El Derecho Penal y Proceso del "enemigo"*, *Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, en *Dogmática y Ley Penal*, Libro Homenaje a Bacigalupo, Madrid, 2004, t. II, ps. 696 y ss.).

Pero, ¿qué quiere decir con eso? ¿Cómo valorar esta afirmación? Si es una mera descripción de una realidad (que existe y de la que ya hemos dado algunos ejemplos), habrá que decir algo respecto a la misma, habrá que valorarla y habrá que sacar de ello unas consecuencias.

Evidentemente, y dado que esta cuestión no es nueva, también en el pasado se ha dado algún tipo de fundamentación doctrinal a la existencia de "dos Derechos Penales". Así, por ejemplo, decía el famoso penalista alemán Edmund Mezger en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista sobre un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de "Extranjeros a la Comunidad" lo siguiente:

En el futuro habrá dos (o más) "Derechos Penales":

- un Derecho Penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y
- un Derecho Penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión [...]. Una vez que se realice la inclusión, el "Derecho especial" (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas [...]. Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en el radica un "nuevo comienzo")³⁰.

No parece que Edmund Mezger creyera que esta mal esta separación entre dos clases de Derecho Penal. Ni por el contenido de este texto (el Proyecto de Ley sobre Extranjeros a la Comunidad incluía, entre otras graves medidas, la entrega a la policía de los asociados y su reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración, y su esterilización "cuando pueda esperarse de ellos una herencia indeseable para la comunidad del pueblo", o la castración de homosexuales, "si la seguridad pública así lo exige"), ni por las ideas vertidas en sus publicaciones y otras actuaciones de colaboración que llevó a cabo el famoso penalista

³⁰ Véase texto de este informe completo en MUNOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo* cit., ps. 242 y ss. Entrecomillados y destacados en el texto original.

con el régimen nazi entre 1933 y 1945, parece que le repugnara mucho la idea de que hubiese un Derecho Penal especial para "enemigos de la comunidad" (como también llamaba a una parte de esos "extrños"), con los que estaban de sobra todas las garantías y diferenciaciones jurídicas propias del Derecho Penal aplicable a la generalidad de los ciudadanos normales.

Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho Penal de este tipo para los "enemigos" o "extrños a la comunidad". Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre "ciudadanos" y "enemigos" (o "amigos" o "enemigos", en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt), como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos. Los derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente técnico, o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determinen el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, el que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos. Los más importantes juristas del régimen nacionalsocialista, como Roland Freisler o Hans Frank, afirmaban y formulaban esta idea con toda claridad: "Recht ist was dem Volk nützt" ("Derecho es lo que es útil al pueblo"). Sustituyase el término "pueblo" por el de "Estado" o por el de "sistema", y el término "útil" por el de "funcional" y tendremos una fun-

damentación del Derecho Penal del enemigo perfectamente funcionalista. La única diferencia entre la fundamentación funcionalista actual del Derecho Penal y la que ofrecía el nacionalsocialismo es que el funcionalismo está dispuesto a asumir también que Derecho es lo que es funcional (útil) al sistema democrático, aunque muchos de sus preceptos no tengan nada de democrático. En definitiva, la "razón de Estado", que es el que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del Derecho (Penal).

No sé si Jakobs llegaría a admitir³¹, siquiera como hipótesis, un planteamiento tan extremo como éste, pero de lo que no cabe duda (y ahí está el caso de Mezger para demostrarlo) es de que es posible llegar a esta conclusión, cuando se admite la existencia de dos Derechos Penales distintos, inspirados en principios diferentes y con distintas finalidades o funciones. En todo caso, corresponde a los que asumen esta distinción como inevitable aclarar lo que se quiere decir con la por demás bastante ambigua expresión "Derecho Penal del enemigo" y cuáles serían los límites que el mismo debería tener, si es que tiene alguno. Considero que, en los momentos actuales, no basta con identificar y describir en los ordenamientos jurídico-penales actuales brotes o ejemplos evidentes de un "Derecho Penal del enemigo", sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos reconocidos y acogidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados. Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico convierte al jurista

³¹ Pero lo cierto y verdad es que en trabajos posteriores a su ponencia de Berlín se reafirma en la necesidad de admitir el "Derecho Penal del enemigo", con este u otro nombre, como algo inevitable a lo que tiene que recurrir una sociedad en casos extremos para mantener su seguridad. Véase por ej., JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, en JAKOBS/CANCIO MELIA, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2003, ps. 55 y ss.: "Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como un ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad, pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido".

Esta "fritaldad" que se deduce de la concepción (del delito, FMC) reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contraponen el frente construido por Jakobs entre un "Derecho Penal del ciudadano" y un "Derecho Penal del Estado de Derecho y un "Derecho Penal del enemigo" emanado del poder estatal. Enemigos como "no personas", es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es "ciudadano" y quién "enemigo". ¿Quién puede decir realmente quién es el buen ciudadano o el mayor

presentó su antes citada ponencia³²:
colloquio celebrado en Berlín en octubre de 1999, en el que Jakobs surge una pregunta, que ya formuló Albin Eser en la clausura del Derecho Penal, como medio de lucha contra el "enemigo", inmediatamente ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista del Derecho Penal, como medio de lucha contra el "enemigo", inmediatamente muchos los ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar una tendencia imparale, en la medida en que efectivamente son ya Pero incluso si se admite como inevitable esta distinción y como que sea, y su mantenimiento, a toda costa, es lo único que importa. para un sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el o polivalente, que lo mismo vale para un roto que para un descosido, Se trata, como se ve, de una construcción valorativamente ambigua, por el condenado.
"contráfacticamente" para restablecer la vigencia de la norma infringida tatado que la pena prevista en la ley para el delito se ha aplicado parte del jurista, cuyo papel termina en el momento en que ha cons- mutable, inmodificable, sustrada a cualquier tipo de valoración por quién debe aplicarla. Pero la pena de muerte como tal sigue ahí in- fundamente su aplicación, cómo y quién debe pronunciarla y luego deben sentarse en ella, después de habérseles imputado el delito que constata su existencia, se determina, según la ley vigente, qué personas pero sin pronunciarse a favor ni en contra de la pena de muerte. Se ni la desapareba. Es como describir cómo funciona una silla eléctrica, en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba,

enemigo?, ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar —y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica—.

El “Derecho Penal del enemigo” tiene, por tanto, dos cuestiones básicas que responder, si es que quiere pasar el umbral de una expresión brillante y más o menos provocadora, pero tautológica o vacía de contenido. Una es de tipo conceptual y afecta a su propio contenido: ¿Quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿a qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos? La otra está relacionada con el marco de referencia: ¿Es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento sin excepciones a todos de los derechos humanos fundamentales?, ¿es compatible con el principio de que todos somos iguales ante la ley? A mi juicio, Jakobs no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones. Se limita a constatar una realidad y alude a la necesidad de una “seguridad cognitiva” como fundamento de su existencia. Esta “seguridad cognitiva”, que Jakobs describe como aspiración fundamental del Derecho Penal del enemigo, es, por supuesto, también una aspiración de cualquier sistema jurídico; “por consiguiente —dice Jakobs³³—, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal” (cursivas en el original). Pero una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema sea del tipo que sea. Podrá haber unos niveles mayores o menores de seguridad, y de lo que se trata es de determinar cuándo esos niveles son compatibles con el ejercicio de los derechos fundamentales. El equilibrio entre los dos polos es difícil y, como ya hemos dicho anteriormente, siempre se encuentran en tensión. Pero si, como sucede en momentos de crisis, la balanza

se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo. Tampoco creo que se ayude mucho a clarificar esta postura, negándole al "Derecho Penal del enemigo" el carácter o incluso el nombre de "Derecho Penal"³⁴, pues el problema principal que aquí se plantea

³⁴ En este sentido, CANCIO MELIA, ¿"Derecho Penal" del enemigo?, en JA-KOBS/CANCIO MELIA, ob. cit. (también del mismo CANCIO MELIA, *Feind "strafrecht"*, manuscrito de un artículo en alemán aún inédito, que por gentileza de su autor he podido ya consultar); SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed. rev. y ampl., Madrid, 2001, p. 166; quienes, en todo caso, muestran sus reservas respecto a la legitimidad de este tipo de Derecho Penal de la emergencia. No obstante, este último autor cita el "Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos" como un ejemplo de "Derecho Penal del enemigo" (cfr. p. 165). Desde luego, si se conciben las personas a las que se les imponen tales medidas sólo como "seres peligrosos", o como, según se les definía en el nacionalsocialismo, "extrños o enemigos de la comunidad" (cfr. por ej., el Proyecto nazi sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, asesorado por el penalista Mezger y el criminólogo Exner), a los que había que "inocular" imponiéndoles medidas como la esterilización "para prevenir una herencia indeseable", la castración o el internamiento por tiempo indefinido en campos de concentración, no cabe duda de que estamos ante un "Derecho Penal del enemigo" (sobre este Derecho Penal nacionalsocialista, véase MUNOZ CONDE, *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo* cit., pássim), igual que podía calificarse como tal la Ley franquista de peligrosidad y rehabilitación social, que incluso admitía la imposición de medidas de seguridad, que en nada se diferenciaban de penas, a personas "peligrosas sociales" (vagos, mendigos, drogadicitos, homosexuales), aunque no hubieran cometido delitos. Pero si, precisamente para evitar estos abusos que llevaron al Holocausto y al sacrificio de millones de personas en el régimen nazi, se preconiza un "Derecho de medidas de seguridad", limitado por el principio de legalidad y proporcionalidad, sólo aplicable a los que hayan cometido un hecho delictivo, e incluso precisando, como hace el art. 6, 2 del Código Penal español de 1995, que "las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor", no hay por qué aceptar, tampoco en este ámbito, la existencia de un Derecho Penal del enemigo, basado sólo en criterios de peligrosidad (para más detalles sobre esta concepción, MUNOZ CONDE, *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985, ps. 49 ss., con 2ª ed. colombiana, Bogotá, 1999). Lo que sí demuestra este ejemplo traído a colación por Silva Sánchez es la proximidad entre las ideas de "tolerancia cero" y las del

no es una cuestión de nombres, sino de contenidos. Como decía un amigo mío de las leyes penales franquistas más represivas, "serán Derecho Penal, pero un Derecho Penal del que hay que salir corriendo"³⁵. En aquella época eran muchos los estudiantes universitarios (y los obreros, sindicalistas y demás opositores del régimen franquista) que en las manifestaciones contra el régimen corrían por las calles perseguidos por policías uniformados de gris (los "grises") y que recibían en sus espaldas los golpes que éstos les daban, cuando no eran detenidos y pasaban largos días en los calabozos policiales hasta que eran puestos a disposición de un Tribunal especial (el famoso TOP: Tribunal de Orden Público) que podía condenarlos a varios años de prisión por manifestación ilegal, desórdenes públicos, propagandas ilegales o asociación ilícita. Pero si además eran acusados de terrorismo por haber participado en algún acto de violencia o en el que había resultado algún policía muerto, entonces pasaban a la competencia de un Tribunal militar que tras un juicio sumarísimo de guerra, pronunciaba penas de muerte que desde luego eran ejecutadas, como sucedió con las últimas cinco ejecuciones habidas en la dictadura en septiembre de 1975. Lástima que algunos que sufrieron en sus cuerpos los rigores de ese "Derecho Penal del enemigo" no tengan inconveniente ahora en admitirlo, al menos hipotéticamente, para "otros enemigos".

Pero también está el problema, nada desdeñable en una sociedad orientada hacia las consecuencias, del efecto preventivo que obviamente debe tener ese Derecho Penal del enemigo en la contención o reducción de los niveles de criminalidad en los ámbitos en los que sería aplicable, ya que precisamente su fin es afianzar la "seguridad cognitiva" y no puramente la normativa. No parece, sin embargo, que los terroristas, narcotraficantes, o miembros de asociaciones mafiosas, a los que prin-

"Derecho Penal del enemigo". Por supuesto que cualquier sector del Derecho Penal puede convertirse en "Derecho Penal del enemigo" a poco que se extralimite y se infrinjan los principios limitadores del Derecho Penal del Estado de Derecho (sobre otras posibilidades de "perversión" de estos límites y de los conceptos básicos del Derecho Penal durante la dictadura franquista, véase MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, ps. 58 y ss., y el esclarecedor *Prólogo* de Gonzalo Fernández a la 2ª ed. de esta obra, Buenos Aires, 2001).

³⁵ Véase mi *Prólogo* a HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.

ciipalmente pretende dirigirse, se sientan especialmente amenazados por este Derecho Penal especial, sin garantías, ni por ningún otro. Puede ser que incluso les legitime en sus ataques al Estado el que éste ya de antemano los excluya y los califique como "no personas". Lo que sí es evidente, en todo caso, es que el Derecho Penal del enemigo representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho, y que con ello devalúa la seguridad normativa, accentuando tan sólo la puramente cognitiva, es decir, la eficacia frente a peligros, no el restablecimiento de la vigencia de la norma y la confianza de los ciudadanos en la misma. Para los que hace ya más de treinta años defendíamos en España, no sin asumir algún tipo de riesgo más allá del puramente intelectual que pusiera en peligro nuestro futuro académico o incluso nos hiciera clientes propiciatorios de aquel "Derecho Penal del enemigo", esos principios del Estado de Derecho frente a la legislación excepcional antiterrorista del régimen franquista, que calificaba como "enemigos" a todos los que discreparan públicamente del régimen dictatorial o pretendiera ejercer derechos fundamentales en una democracia como los de la libertad de expresión, asociación o manifestación, no es muy difícil admitir ahora que, ante el menor signo de peligro para el sistema democrático, los mismos puedan ser derogados. Porque esos son también los principios que intentamos enseñar todavía, y muchas veces contrarcorriente (el garantismo y la contención del poder punitivo del Estado no están precisamente de moda), en las aulas universitarias a los jóvenes y futuros juristas, y que, sin embargo, vemos con miedo que pueden verse hoy conculcados con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho. Pero, ¿se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales? ¿Puede utilizar el Estado de Derecho, sin perder su nombre, los medios de represión punitiva que caracterizan a un Estado dictatorial, o autoritario? ¿Es posible dentro del Estado de Derecho la coexistencia de dos modelos diferentes de Derecho Penal, uno respetuoso con las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, para "enemigos", que haga tabla rasa de los principios y garantías características del Estado de Derecho?

Con penas draconianas, con el abuso del Derecho Penal emplean-

dolo más allá de lo que permite su carácter de *ultima ratio*, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el "enemigo", pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho Penal de cuño autoritario, un Derecho Penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras. Lo único que falta ya para parecerse a ellas son la pena de muerte, que en Estados Unidos se aplica y se ejecuta con profusión incluso en situaciones de normalidad, y los Tribunales militares, que han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados "crímenes terroristas", sin darse cuenta de que la forma más grave de terrorismo es el "terrorismo de Estado".

Pero permítaseme una pregunta:

¿Qué pasaría si después de convertirse este Derecho Penal del enemigo en realidad habitual y corriente en nuestras democracias, siguen cometiéndose o incluso se incrementan las acciones terroristas y las respuestas también terroristas del Estado a las mismas? ¿Se reintroducirá la tortura como medio de investigación? ¿se abrirán campos de concentración para los enemigos? ¿se admitirá la detención policial, sin intervención judicial? ¿se generalizará la aplicación de la pena de muerte y se encargarán de ello Tribunales militares de excepción?

Probablemente más de uno estará ya buscando argumentos jurídicos que avalen estas posibilidades. Sin duda, podrá encontrarlos en alguna construcción doctrinal. Pero alguien tendrá algún día que dar cuenta de este deterioro del Estado de Derecho, sobre todo cuando además no se hayan conseguido con el "Derecho Penal del enemigo" mejores efectos que con el "Derecho Penal del ciudadano", es decir, el del Estado de Derecho, que seguramente tampoco es la mejor de todas las posibles. Pero deberá reconocerse que, a igualdad de efectos, la humana y por las posibilidades de reinserción, de renuncia a la violencia, de cambio y de esperanza en el cambio que podamos tener en el terrorista o en el enemigo, que la que simplemente lo considere como un objeto a vigilar y castigar, como un ser dañino que debe ser

encerrado el mayor tiempo posible, incluso aunque sea por el resto de sus días, o simplemente eliminado físicamente como un alimaña, como alguien que ni siquiera merece ser tratado como persona.

En lo que sí tiene razón Jakobs es en poner de manifiesto la existencia real, y no meramente encubierta, de un "Derecho Penal del enemigo" también en los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Pero la labor del penalista no debe quedarse, a mi juicio, en la mera constatación de su existencia, sino que debe analizar también su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos. El jurista no puede ser en estos casos, como pretende Jakobs³⁶, un simple "mensajero" que se limita a transmitir malas noticias (por lo demás más que conocidas), o empaquetarlas, identificándolas y dándoles un nombre más o menos afortunado, sino que debe también analizarlas críticamente y comprobar su compatibilidad con determinados principios³⁷. Y ello no ya por

³⁶ Es el propio Jakobs quien afirma que las críticas que se le hacen a su postura pretenden "matar al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje" (en JAKOBS/CANCIO MELIA, ob. cit., p. 15), colocándose así en una cómoda postura de "mensajero" que anuncia malas noticias, como si las mismas nada tuvieran que ver con su posición como jurista, o simplemente como ciudadano, y no tuviera nada más que decir al respecto. Desde luego, con mis críticas a su postura no pretendo matar a ningún mensajero, pero sí manifestar mi total discrepancia respecto a cualquier tipo de legitimación o simpatía hacia un "Derecho Penal (del enemigo o de cualquier otro nombre)" que no respete derechos fundamentales e infrinja algún principio básico del Estado de Derecho.

³⁷ Desde mis primeros trabajos, escritos en plena juventud y ante un "Derecho Penal del enemigo" como fue el Derecho Penal de la dictadura franquista, me ocupé de acentuar la función crítica que tiene también que llevar a cabo la Dogmática jurídico-penal frente a normas penales claramente transgresoras de derechos fundamentales e incompatibles con el Estado de Derecho; véase, por ejemplo, mi trabajo *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en MADLENER/PAPEN-FUSS/SCHÖNE (eds.), *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, ps. 309 y ss.; también mi *Introducción al Derecho Penal* cit., ps. 183 y ss. No veo por qué debe renunciarse a esa función crítica en el Estado de Derecho, cuando, por las razones que sean, algunas de las normas penales emanadas del mismo no se corresponden con sus principios básicos. En todo caso, incluso por razones puramente lógicas, la coherencia con la identidad de un sistema obliga a revisar, criticar y corregir las normas que devalúan o deterioran los principios básicos de ese sistema.

razones ideológicas o políticas, sino por motivos estrictamente jurídicos, porque de lo que, en última instancia, se trata es de comprobar si ese "Derecho Penal del enemigo" está o no en consonancia con el modelo jurídico-constitucional del Estado de Derecho que constituye la seña de identidad de las sociedades democráticas actuales. Porque si bien es cierto que éstas, por ejemplo, no pueden bajar la guardia ante el terrorismo, en cualquiera de sus versiones de utilización de la violencia con finalidad política, o ante cualquiera de los otros graves problemas que constituyen una seria amenaza para su existencia, tampoco pueden, si quieren seguir manteniendo con dignidad tal nombre, renunciar a los principios y garantías que les son consustanciales y que constituyen la esencia de su propia forma de ser. Como tampoco se pueden cerrar definitivamente las puertas a la reinserción social (entendida como no desocialización o como humanización del sistema punitivo), objetivo primordial, según el artículo 25, 2 de la Constitución, de "las penas y medidas privativas de libertad", a ningún delincuente (incluido el terrorista), imponiendo penas de prisión desproporcionadas en su duración e incompatibles con ese principio. Igual que no se puede criminalizar ninguna ideología o discrepancia puramente política, por más que esté muy alejada de los patrones políticos o culturales dominantes en nuestras áreas de cultura jurídica y política, cuando están dentro del amplio espectro de la *freedom of speech*³⁸ o de la libertad de creencias y de expresión, reconocida en la Constitución española y en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, siempre que se manifiesten pacíficamente y sin poner en peligro ningún bien jurídico de carácter fundamental.

Afortunadamente, el año 2004 comenzó en España con la convocatoria de unas elecciones generales que de momento paralizó lo que se había convertido ya en una obsesión reformista penal del Gobierno

³⁸ Sobre los límites que ofrece este derecho fundamental fuertemente arraigado en la doctrina constitucional americana, y que se invoca continuamente por la Corte Suprema norteamericana para resolver casos límite de discrepancias meramente ideológicas (negarse a saludar la bandera, quemarla o quemar las cartillas de reclutamiento, actos muy frecuentes en los campos universitarios norteamericanos en la década de los '60 para protestar por la intervención norteamericana en Vietnam), véase FLETCHER, *Lealtad*, trad. de Leonardo Zaibert, introducción de F. Muñoz Conde, Valencia, 2001.

de Aznar y del Partido que lo sustentaba con su mayoría parlamentaria. Probablemente, muchas de estas reformas tenían un apoyo popular importante en una sociedad cada vez más asustada con los fantasmas de la inseguridad ciudadana y el terrorismo; pero lo menos que se puede decir de las mismas es que en su mayor parte reflejan el renacer de un Derecho Penal de cuño autoritario, difícilmente compatible con el modelo de Derecho Penal propio del Estado de Derecho y con los principios constitucionales en los que se basa, sin que tampoco sea esperable por ello que a mediano o a largo plazo tengan el efecto disuasor y preventivo que se pretende. La mayoría de las reformas penales habidas en el Parlamento español en la última etapa del Gobierno de Aznar, durante el año 2003 y que han ido entrando en vigor bien inmediatamente después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, bien incluso tras una *vacatio legis* de casi un año, el 1º de octubre de 2004, no son, en definitiva, más que la expresión de un Derecho Penal pensado en clave populista, con el ojo puesto más en los beneficios electorales inmediatos que en una mejor y más justa solución de los problemas que actualmente aquejan, como a cualquier otra sociedad moderna, a la sociedad española; aunque en este caso, en parte por el atentado terrorista del 11 de marzo de 2004 en Madrid, en parte por la desastrosa gestión del alguna catástrofe, como el naufragio en las costas gallegas del petrolero "Prestige" y la decisión de intervenir en la Guerra de Irak, en contra de la voluntad mayoritaria del pueblo español, paradójicamente el Partido Popular sustentador de las mismas, con mayoría parlamentaria absoluta y, por tanto, con la posibilidad de imponerlas sin que la oposición pudiera hacer nada por evitarlo, perdiera las elecciones generales del 14 de marzo y tuviera que pasar a la oposición. No deja, sin embargo, de ser sorprendente que el Gobierno actual surgido de esas elecciones, y que obviamente parece de un signo ideológico distinto al que propugnó estas reformas, no haya hecho hasta el momento ningún intento o siquiera amago para eliminar los preceptos más característicos de las tendencias autoritarias y poco democráticas del Gobierno anterior. Se ve que las ideas de la "tolerancia cero" y del "Derecho Penal del enemigo" están en estos momentos y de un modo general bastante enraizadas en la mentalidad de los gobernantes, sean éstos de derecha o de izquierda, y que nadie,

de un lado o de otro, está dispuesto a dar marcha atrás o a corregir el rumbo decididamente emprendido hacia un Derecho Penal autoritario y poco respetuoso con los principios democráticos y el Estado de Derecho. Malos tiempos para un Derecho Penal liberal, garantista y de inspiración humanista, que se había ido introduciendo poco a poco y a duras penas como modelo ideal de regulación de la convivencia social, desde los tiempos de Beccaria, la Ilustración, la Revolución Francesa, la codificación y la lenta entronización en el siglo XX del Estado de Derecho, tras haber superado el duro trance de los gobiernos totalitarios, la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría, y tras las esperanzas suscitadas, con la caída del Muro de Berlín y de los regímenes autoritarios de la Europa del Este, en un mundo (y en un Derecho Penal) mejor, más justo, humano y solidario.

LA PERSONALIDAD DEL EXHIBICIONISTA Y SU CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

por FEDERICO MAIULINI y LUIS O. MAIULINI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sexualidad humana. a) Libertinaje y perversión. b) La perversión en el campo médico. 3. Las perversiones. 4. La pulsión y el instinto. 5. Componentes o características de la pulsión. 6. Tipos de pulsiones. 7. Destinos de la pulsión. 8. Consideraciones generales sobre la personalidad del exhibicionista. Análisis en torno a su capacidad de culpabilidad.

1. Introducción

En el presente trabajo se intenta establecer, a través del análisis de su personalidad, si el exhibicionista puede ser un sujeto capaz de comprender la criminalidad de sus actos y comportarse de acuerdo a la norma; la tarea no es fácil, debido a lo complejo que resulta comprender no sólo la mente de estos sujetos, sino el origen de su perversión. Necesariamente, para lograr obtener una respuesta, se debe transitar—previo a efectuar un análisis histórico—por el estudio de la perversión en el campo médico; las pulsiones, sus componentes, tipos de ellas y sus destinos, para luego si culminar con una consideración general de la personalidad de los exhibicionistas. En ese punto se intentará dar respuesta al problema—no menor, por cierto—.

2. Sexualidad humana

a) *Libertinaje y perversión*

Para hablar de la sexualidad humana hay que remitirse, necesaria-

mente, a las primeras épocas de la civilización, a la Grecia Antigua, en la cual se manifestaban conductas que hoy serían observadas como inaceptables para la moral y las buenas costumbres. Entre aquella civilización y nuestros días se encuentran diferentes puntos de vista para intentar comprenderla según sea la óptica de la sociedad y la época que la juzgue.

En el año 1772, Donaciano Alfonso Francisco, marqués de Sade,

fue encarcelado por el rey de Cerdeña en un fuerte de nombre "Niolans" a solicitud de su señora suegra, que era presidente de Montreuil. Si bien ésta no era su primera experiencia carcelaria, pues había estado preso en el castillo de Saumur y en la fortaleza de Pierre Encise en 1768 durante más de ocho meses, en realidad, desde su encarcelamiento en Italia comenzó su larga vida de prisionero. Posteriormente, el primer consul lo hizo trasladar desde la prisión común de Santa Pelagia al asilo psiquiátrico de Charenton en abril de 1803, donde murió en 1814.

Durante los primeros diecisiete años de prisión, el motivo declarado del encierro fue su comportamiento libertino, intolerable y peligroso para el orden social y familiar vigente. Su principal perseguidora era su propia suegra, la cual era respaldada por el poder del rey. Durante los once años que duró su segunda gran internación, se lo consideró loco y el lugar que su suegra tenía como presidente de Montreuil fue ocupado por el Estado napoleónico¹.

El vocablo "perversión" hizo su aparición en la lengua castellana como en la francesa en el siglo XV, designando "aquello que por estar trastocado y trastornado se encontraba fuera de lugar". Tal significación le concedió un amplio campo en el orden de la conducta, por lo cual recurrieron a él tanto la moral como el Derecho para juzgar acerca del comportamiento de un sujeto².

La aparición del término perversión en el vocabulario común coin-

¹ Se hace mención a estos hechos ya que se consideran como verdaderos hitos; ellos se cristalizan en un cambio conceptual respecto de los trastornos mentales en el cual emerge la categoría psiquiátrica de la "perversión" desplazando a la de "libertinaje".

² La asociación inmediata que se realiza con la idea del enjuiciamiento, con un cambio del bien en el mal, no se ha abandonado del todo y todavía hoy, referirse a "perverso" evoca ecos de oposición a la moral y las buenas costumbres.

cide con la tremenda crisis por la cual atraviesa el siglo XV. La peste negra, la Guerra de los Cien Años, las danzas macabras, la disolución de las costumbres, el papado de Avignon y Roma, son sólo algunos síntomas de una tremenda crisis. La desmesura, la inadecuación de los medios y los fines a conseguir, están a la orden del día y conducen a circunscribir un modelo de conducta desviado, trastornado, excesivo, donde se unen todos estos caracteres.

Por su parte, el vocablo "libertino", cuyo uso, según Corominas³, data también del siglo XV, aparece por primera vez con significación definida en un opusculo de Calvino, con el título de *Instruktionen contra la secta fandica y furiosa de los libertinos que se llaman es-pirituales*, editado en 1545, contra un grupo reformista de anabaptistas alemanes. En este caso, la sospecha de que bajo el manto de la religiosidad, éstos se entregaban a prácticas antinaturales, era una suposición corriente que la inventiva contribuyó a difundir. Como resultado de esto, el término se popularizó⁴.

El libertino más que un ateo es un incrédulo, un antiteísta en una sociedad que reclama su acercamiento a Dios. Precisamente, por tal motivo, su conducta se alza contra la hipocresía del sistema sociopolítico que imponía, pretendidamente sometido al recto camino trazado por la razón y el contrato social. Esa conducta libertina, perturbadora del orden social, denunciaba los males acarreados por la moral proclamada por la burguesía. Tal actitud, sin embargo, trajo aparejadas graves consecuencias; por ejemplo, las sucesivas condenas del marqués de Sade. Este representaba, con su conducta de la moral convencional y del contrato social, la figura de un negador; su medio lo equiparaba—aunque no lo iguala— a los delincuentes, y lo remite al campo forense donde la justicia se hace cargo de él. Las sordidas maniobras de su suegra para lograr que sea encerrado marca el éxito de una venganza respaldada por las convenciones sociales vigentes.

³ COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, 1998.

⁴ No obstante esto, sería un error creer en la existencia de un libertino; nadie, ni siquiera los personajes de las novelas de Sade, podrían llegar a serlo. Ello así, porque si bien este sustantivo se emplea con asiduidad, con su utilización se busca designar una forma de conducta, no un tipo humano.

La conducta libertina, así, cobra significación en el área de la ley y de la transgresión y, al castigarla, esta sociedad que la condena, al mismo tiempo la distingue.

Durante los siglos XVII y XVIII el castigo penal era público⁵. El

verdugo torturaba y ejecutaba ante una multitud; su deber era exhibir al reo para ejemplificar la aplicación de la justicia. La responsabilidad del libertino era de orden social, no penal; su cuerpo no podía ser el lugar y el escenario donde se desarrollara el castigo. Su castigo era de orden privado, reservado, incluso secreto; a este tipo de sujeto pertenido se lo solía encerrar para un mayor ocultamiento, aunque no perdía la propiedad de su cuerpo. Quien sí lo perdía era el criminal, que era forzado a trabajar, torturado y castigado corporalmente. Lo importante a tener presente en estas circunstancias es que el libertinaje surge como una conducta de la totalidad, no sólo de un aspecto de la persona.

Esta última afirmación reviste una gran importancia, ya que al pasar posteriormente esta conducta al campo médico, quedará circunscripta exclusivamente al área de la sexualidad y en ciertos casos extremos en el marco de lo criminal. Pero como suele suceder habitualmente, cuando un paradigma muere, las conductas no desaparecen por ello⁶, y en la propia consideración de éstas es donde se verifica. Así entonces sucedió con la perversión: lo que antes se juzgaba en el campo de lo moral, ahora transitó hacia el campo médico; por lo tanto, el cambio fue tan sólo parcial. Los aspectos legal y forense siguieron siempre presentes, como si constituyeran el trasfondo sobre el cual se destaca el esfuerzo de los médicos especialistas en enfermedades mentales por comprender estas conductas. En muchos aspectos, aun hoy persiste la misma confusión que imperaba anteriormente entre la Psiquiatría y la Medicina legal.

b) *La perversión en el campo médico*

Como se dijo, la conducta del libertino subrayaba la importancia

⁵ Ver, esclarecedor en el tema, FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Siglo Veintiuno Editores Argentina, Buenos Aires, 2002. ⁶ KHUN, Thomas S., *¿Qué son las revoluciones científicas?*, Aliya, Barcelona, 1995, ps. 55 y ss.

de las pasiones, de la imaginación y su interrelación con la desmesura y la transgresión, por lo cual quienes comenzaban a ocuparse de la locura, en tanto enfermedad mental, no tardaron en encontrarle rasgos semejantes con los desarreglos mentales.

Es así que en Inglaterra surge por primera vez una seria consideración sobre las perversiones en el campo médico. En efecto, en el primer tomo de un tratado escrito por Thomas Arnold —discípulo del médico escocés William Cullen, creador del término “neurosis”—, que se editó en 1782, éste describió una detallada nosografía de las alteraciones mentales. Este libro, cuyo título era *Observaciones sobre la naturaleza, caracteres, causas y prevención de la insania, lunatismo, o locura*, establecía una distinción entre lo que llamaba la “insania ideal”, que hoy se describe como una de las alteraciones del proceso sensorio-perceptivo, es decir la alucinación⁷, y, en segundo término, la que denomina “insania nocional”, que en la actualidad es considerada también como una alteración y no es otra cosa que la ilusión⁸. Incluía este autor dentro de la clasificación de la “insania nocional” otra clase de locura que denominó “apetitiva”, la cual estaba directamente relacionada con el imperio de las pasiones, y decía: “está causada por un deseo inmoderado e ingobernable de satisfacer un apetito”; cuando éste estaba referido a los hombres lo denominó “satiariasis”, y cuando a la mujer concernía, “ninfomanía”⁹.

Estas son dos conductas excesivas, desmesuradas y con un marcado desentreno alimentado por la imaginación; como esto estaría representando un desarreglo cerebral, se constituyen como verdaderos temas médicos. Es así que al considerar a la imaginación y a las pasiones como algo concerniente al cerebro, el tránsito del campo de lo moral, es decir el de las infracciones por el libertinaje, se efectuó al campo médico sin demasiadas dilaciones, en donde encontró amplia aceptación en el marco epistemológico de la Psiquiatría. En este cambio paradigmático de modelo de pensamiento —probablemente— se encuentra la

⁷ POROT, Antoine, *Diccionario de Psiquiatría*, Labor, Barcelona, 1977.

⁸ POROT, ob. cit.

⁹ SAVURI, Jorge, *Las perversiones*, Carlos Lohé, Buenos Aires, 1983, p. 22, quien en esto sigue a Hunter y Macalpine.

justificación del traslado del marqués de Sade desde la prisión común al asilo psiquiátrico de Charenton. La perversión entra así en el campo de la Psiquiatría debido a la moral, y si bien no deja de mantener una cierta relación de solidaridad con la represión y el castigo, no tarda en desprenderse totalmente de ella.

Fue recién después de la Revolución Francesa cuando el afamado médico Philippe Pinel (1745-1826) inicia el camino de la comprensión y aceptación de la llamada locura, en la cual se englobaban distintas patologías, como una enfermedad mental y no fruto de la posesión demoníaca o de la delincuencia común. Con la debida autorización superior este médico comenzó a liberar de sus cadenas a los enfermos, que se mezclaban con prostitutas y delinquentes comunes, les permitió salir de sus celdas y comenzó a otorgarles un trato digno.

Fue tan grande su éxito que comenzó a conocerse en todo el mundo, y se comprendió finalmente que la liberación no consistía en liberar de las cadenas a los enfermos, sino que ésta—más precisamente—consistía en considerar a las enfermedades mentales como males factibles de ser sometidos a tratamientos médicos adecuados basados en el uso de la razón y la comprensión, y no como era costumbre hasta ese momento, en base a la crueldad puesta de manifiesto en el miedo por el desconocimiento derivado de creencias demoníacas (religiosas).

Posteriormente, Morel (1809-1873) enuncia en 1833 su "Teoría de la degeneración", con la cual otorga el substrato necesario para que la denominada "locura moral" se transforme en "locura de los degenerados" y en ésta se incluyen las conductas perversas. En el año 1866, una famosa discusión en el seno de la sociedad médico-psicológica de París marcó un hecho crucial a partir del cual la Psiquiatría reconoció oficialmente su penetración en un campo antes reservado al sacerdote y al magistrado. Pero como todavía no se había operado un claro deslinde entre lo médico y lo jurídico, Lombroso (1836-1909) lanza la idea de "criminal nato", y en esta especie están incluidos los perversos.

Años más tarde se fueron editando distintas publicaciones de otros tantos autores, que fueron determinado una especial mirada sobre las enfermedades mentales y en especial aquellas ligadas a las pasiones y la imaginación, como las perversiones sexuales. Así, en 1864 San-

tiling estudia las desviaciones sexuales; en 1870 Carl Wespshal describe y nombra por primera vez la "homosexualidad" masculina; en 1877 Lasegue, al "exhibicionismo"; en 1880 Moreau hace lo propio con las aberraciones de sentido genésico; en 1887 Binet aplica el término "fetichismo" a un tipo particular de aberración sexual, y el reputado especialista en Medicina forense R. von Krafft-Ebing publica su ya conocida *Psychopathia Sexualis* con un rotundo éxito, ya que su clasificación de las perversiones sexuales mantiene hasta nuestros días su vigencia. En 1898 Havelock Ellis introduce el término "narcisismo", que luego toma el famoso criminólogo alemán Paul Nacke para describir clínicamente a aquellos individuos que toman como objeto sexual su propio cuerpo. Posteriormente, Freud (1856-1939) acepta todos los postulados de los autores citados para desarrollar sus teorías sobre la sexualidad humana¹⁰.

La sexualidad, en realidad, no era un asunto nuevo, ya que desde la antigüedad se la trataba y describía, pero siempre había sido un tema concerniente a la moral, nunca había sido abordada en forma científica; la justicia, entonces, siempre intervenía en su espacio sólo para sancionar las consecuencias sociales del desenfreno.

Desde el año 1905, fecha en que Sigmund Freud publicó *Tres ensayos sobre una teoría sexual*¹¹, época en que el psicoanálisis intentaba ganar un lugar y respeto en la comunidad científica, fue configurando una completa teoría de la sexualidad. A este texto le siguieron otros escritos en los que el maestro vienes demostraba su manifiesto interés por la sexualidad y la incidencia que ésta tenía en las patologías que investigaba (histeria, neurosis obsesiva, perversiones, etc.). Es así que en *Las pulsiones y sus destinos*, *La organización sexual infantil*, *El sepultamiento del complejo de Edipo*, *Algunas consecuencias psíquicas de la diferencia sexual anatómica*, *La metamorfosis de la pubertad*, *Introducción al narcisismo*, *La sexualidad femenina*, etcétera, fue produciendo un giro copernicano en la conceptualización de la sexualidad. Si bien el mencionado autor procuró enmarcar la polémica en un

¹⁰ SAURI, ob. cit., ps. 29 y ss.

¹¹ FREUD, Sigmund, *Tres ensayos para una teoría sexual*, BN, Madrid, 1972, t. IV, ps. 1172 y ss.

cuadro rigurosamente científico, sus teorías sobre la sexualidad infantil sus componentes sádicos, su disposición perversa polimorfa, y las formas de excitación sexual en la época de la lactancia, causaron el mayor escándalo en las clases medias europeas. Todas estas formas de satisfacción de la sexualidad infantil eran entonces consideradas como aberraciones. Frente a esa intransigencia moral de la sociedad victoriana de su tiempo, Freud reaccionará sosteniendo que no es posible que se produzcan aberraciones de una manera tan variada y frecuente. Incluso afirmó que ésta es la razón que justifica, precisamente, la necesidad de elaborar una teoría sexual en la que se incluyan todos esos casos. En principio, se debe distinguir la "sexualidad" de la "genitalidad", toda vez que la primera comprende a la segunda. En efecto, lo genital representa una etapa del desarrollo de la sexualidad humana, su momento culminante. Reducir lo sexual a lo genital es una definición que no tiene en cuenta la valoración emotiva, determinando como sexualidad a toda intención de obtener placer por lo genital. Esta definición es demasiado limitada, lo mismo que aquella otra que subraya el carácter procreador como fin esencial de la sexualidad, porque existe un gran número de actos sexuales que no tienden hacia la procreación. Para explicar el significado del concepto "sexual" se han producido respuestas de muchas y diferentes maneras, hasta que Freud definió el concepto de "libido" como la energía de la pulsión sexual. La palabra "libido" proviene etimológicamente del latín *libido, libinis*, que significa "deseo", "ansia", "gana", "apetito desordenado", "sensualidad", derivado a su vez de *libere*, que quiere decir "gustar"¹². En algunos textos latinos encontramos, por ejemplo, que Cicerón habla de *ulciscendi libido*, en el sentido de "deseo de venganza", o de *libido voluptatis*, por "deseo de placer".

Freud emplea el término "libido" exclusivamente en conexión con "placer" y "deseo sexual". Lo postula luego de descubrir que existen muchas manifestaciones en el niño, cuyo carácter sexual es indiscutible. Recordemos que en aquella época hablar de una sexualidad infantil producía repugnancia en la sociedad, lo cual llevó a criticar duramente las teorías desarrolladas por Freud. El autor, sin embargo, demostró

¹² COROMINAS, Breve diccionario etimológico de la lengua castellana cit.

que en todos los adultos hay una tendencia a reprimir experiencias, actos, pensamientos y deseos de la infancia que los mandamientos morales y la educación les ha obligado a borrar de la memoria. Hay en el sujeto adulto una tendencia que se resiste a negar la sexualidad infantil, porque de lo contrario significaría admitir que todo adulto ha participado también de esta forma de sexualidad durante su infancia. Justamente, en el segundo de sus *Tres ensayos sobre una teoría sexual*, Freud¹³ habla de "negligencia u olvido de lo infantil", refiriéndose a esa especie de miopía que afecta a los adultos cuando se niegan a reconocer la sexualidad de los niños por un olvido de esas experiencias tenidas en la infancia y que luego se transforma en una imposibilidad para observarlas debido al influjo de las prevenciones morales. Esta manera particular de conducirse con referencia a la sexualidad infantil se manifiesta absolutamente a través de lo que Freud en forma lúcida denominó "amnesia infantil", esto es, el olvido que abarca generalmente a las vivencias o experiencias sexuales tenidas en la infancia.

3. Las perversiones

Toda exteriorización de la pulsión sexual que no responde a los fines de la naturaleza, es decir la reproducción, cuando se da la ocasión de una satisfacción sexual natural, es considerada como perversa. Los actos sexuales que tienen como origen la "parestesia"¹⁴, es decir, una perversión de la pulsión sexual, un tipo de excitabilidad de la vida sexual por excitaciones inadecuadas, son de una importancia extrema, tanto clínica, como social y jurídicamente. En este sentido se debe tener bien presente que no debe confundirse "la perversión de la pulsión sexual" con "la perversidad de un acto sexual", ya que éste puede ser suscitado por condiciones que no son estrictamente psicopatológicas. La acción perversa concreta, por monstrosa que sea, no es clínicamente decisiva. Para poder distinguir entre la enfermedad y el "vicio" hay que tomar en conjunto la personalidad del sujeto que actúa, como también todos los móviles de sus actos perversos.

¹³ FREUD, *Tres ensayos...* cit., t. IV, p. 1195.

¹⁴ POROT, ob. cit.

Las perversiones se dividen en dos grandes grupos: a) aquellas en las cuales el "fin" de la acción es perverso, y entre ellas hay que colocar el sadismo (placer con referencia a infligir daño al *partenaire*), el masoquismo (es lo contrario del sadismo, se goza con los malos tratos y las injurias del compañero y de estar completamente sometido a él), el fetichismo (perversión sexual en la que el interés erótico se centra de un modo exclusivo o predominante en una parte del cuerpo o de la ropa o prendas interiores o en el calzado o los guantes) y el exhibicionismo, y b) aquellas cuyo "objeto" es perverso, y la acción lo es también la mayoría de las veces por consecuencia; éste es el grupo de la homosexualidad (elección de objeto en un sujeto del mismo sexo), la "paedofilia" (inclinación perversa por los impúberes), la "ge-rontofilia" (inclinación para efectuar el acto sexual con personas de edad), la "zoofilia" (relaciones sexuales con animales) y el "autoerotismo" (excitación sexual sin la participación de otra persona), etcé-tera¹⁵.

A los efectos del presente trabajo nos importa ocuparnos de la perversión correspondiente al primer grupo descripto y, dentro de éste, específicamente al "exhibicionismo".

4. La pulsión y el instinto

El concepto de "pulsión" se establece en la teoría freudiana en la descripción de la sexualidad humana, siendo fundamental en el psicoanálisis para comprender la sexualidad en todos sus aspectos.

Para aclarar este concepto, dice Freud: "Intentaremos establecer su significación aportándole contenido desde diversos sectores"¹⁶. El psicoanálisis ha establecido que las pulsiones no son solamente fuentes orgánicas de excitación, de cuya supresión se encargará el aparato psíquico, sino que intervienen en la creación de toda la vida anímica como una fuente de energía que, bajo distintos aspectos, aparece en el origen de las más diversas manifestaciones psíquicas, siempre que su virtualidad no haya sido anulada por una satisfacción directa.

¹⁵ FREUD, Sigmund, *Los instintos y sus destinos*, BN, Madrid, 1972, t. VI, p. 2043.

¹⁶ FREUD, *Los instintos...* cit., t. VI, p. 2040.

Por esta razón Freud comparará el efecto de la excitación de las pulsiones en lo psíquico con los estímulos reflejos en lo orgánico, porque cuando un estímulo impresiona la materia viva, ésta se libera de él generando o impulsando una acción hacia el exterior. Del mismo modo la pulsión es un estímulo que cuando impresiona lo psíquico, la mente se libera de ella produciendo un empuje que elimina el estímulo, aunque se deba comprender que cuando se trata de un impulso interior la fuga es insuficiente, ya que no siempre es posible desembarazarse de la pulsión mediante una acción, como en el caso del acto reflejo, debido a que la fuerza pulsional persiste. En consecuencia, se puede sostener que mientras el organismo puede mediante el acto reflejo ejecutar una reacción que elimina el estímulo, no ocurre lo mismo con el psiquismo, puesto que no puede eliminar la pulsión porque ésta es una fuerza constante.

Esto significa que la pulsión es un estímulo que proviene desde una fuerza somática, el interior del organismo, y resulta, por tanto, un estímulo que no puede ser coartado por la simple acción motriz. Nuestro sistema nervioso, en consecuencia, deberá distinguir los estímulos externos que una acción motriz puede neutralizar de esos otros estímulos internos frente a los cuales la acción motora resulta insuficiente. La pulsión es un proceso dinámico, sostiene Freud, analizándolo desde el punto de vista de la Biología, que se encuentra en el límite, en la frontera, entre lo psíquico y lo somático. Esta situación fronteriza de la pulsión la coloca en el lugar de un representante psíquico de los estímulos que provienen del interior del organismo. Justamente como se trata de estímulos que generan una acción que es producto de un esfuerzo, Freud sostiene que la pulsión representa la exigencia de un trabajo (esfuerzo) que lo orgánico le imprime a lo psíquico, siendo este mismo esfuerzo constante.

El término pulsión fue introducido en las traducciones de la obra de Freud como un equivalente de la palabra alemana *trieb*¹⁷. Este vocablo es de raíz germánica, se emplea desde muy antigua data con el matiz de "empuje", que proviene del verbo *trieben*, que significa "empujar". Freud lo emplea en el sentido de un proceso dinámico consis-

¹⁷ FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2039.

tente en un "empuje" que hace tender al organismo hacia un determinado fin, concebido como un factor cuantitativo económico, una "exigencia de trabajo impuesta al aparato psíquico". El vocablo *trieb* no designa en la teoría freudiana al término "instinto", ya que para hablar de éste, Freud le reserva el equivalente del alemán *instinkt*.

Cuando Freud se refiere a *instinkt*, lo hace para calificar a un comportamiento animal preñado por los esquemas filogenéticos hereditarios, característico de una especie, preformado en su desenvolvimiento y adaptado funcionalmente a su objeto. Por lo tanto estos dos términos no pueden utilizarse indistintamente, como suele suceder con algunos autores y en distintas traducciones del propio Freud. La pulsión, entonces, puede emerger desde cualquier parte del cuerpo, ya que éste es una inmensa zona erógena; por lo tanto, es difícil establecer para sus manifestaciones una localización precisa. Mientras que para el instinto se puede localizar en los genitales. Por otro lado, la pulsión se satisface a través de diferentes objetos que no están relacionados con ella de una manera necesaria. El instinto, en cambio, está dirigido hacia el objeto heterosexual: el instinto y el objeto están unidos por una relación insoluble. El instinto está soldado al objeto y se agota una vez que ha cumplido su función procreadora. Si bien la pulsión es una fuerza constante que tiende hacia un fin inmediato que es la satisfacción, no se agota en ella.

5. Componentes o características de la pulsión

Freud, en un texto específico¹⁸, agrupa los cuatro elementos característicos de la pulsión: "empuje, perentoriedad o esfuerzo", "meta o fin", "objeto" y "fuente".

a) *Fuente de la pulsión*: se refiere al origen interno específico de cada pulsión determinada, ya sea el lugar donde aparece la excitación (zona erógena, órgano, aparato psíquico), o el proceso somático que se desenvuelve en aquella parte del cuerpo y que el "yo" percibe como excitación; como dice Freud: "es representado en la vida anímica por la pulsión"¹⁹. La fuente es, en-

¹⁸ FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2039.
¹⁹ FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2042.

tonces, una parte del soma que tiene la capacidad de ser excitable, un lugar donde se verifican aumentos y disminuciones de la tensión. La fuente es un lugar que no tiene localización precisa, ya que todo el cuerpo, en tanto zona erógena, puede transformarse en fuente de la pulsión.

b) *Objeto de la pulsión*: es aquello por medio de lo cual la pulsión busca alcanzar su fin, o sea, cierto tipo de satisfacción. Puede tratarse de una persona, o de un objeto parcial, de un objeto real o fantaseado. Por eso Freud sostiene que el objeto "es la cosa en la cual o por medio de la cual puede la pulsión alcanzar su satisfacción".²⁰ Se trata de la característica más indeterminada de la pulsión, ya que no hay relación entre la pulsión y el objeto mediante el cual se descarga y logra satisfacción. También puede tratarse del propio cuerpo tomado como objeto (autoerotismo). Además el objeto puede ir modificándose desde el momento en que la pulsión se liga a un determinado objeto, produciéndose entonces una "fijación". Esta hace que la libido se una fuertemente a personas o imágenes, reproduciendo un determinado modo de satisfacción.

c) *Fin o meta pulsional*: éste es siempre la satisfacción, entendiéndose por tal a la actividad hacia la que empuja la pulsión y que conduce a una resolución de la tensión interna, es decir, a la supresión de excitación que se genera en la fuente. La pulsión, entonces, siempre se encamina hacia la eliminación de los estados dolorosos o displacenteros. En este sentido se debe recordar que en la teoría freudiana el "displacer" equivale a un aumento de la excitación o la tensión y, en consecuencia, el "placer" a una disminución de ésta. Freud sostiene asimismo que "existen pulsiones coartadas en su fin, es decir de procesos a los que se permite avanzar cierto espacio hacia la satisfacción de la pulsión, pero que experimentan luego una inhibición o una desviación"²¹ y en los cuales se advierte también una satisfacción parcial de los mismos.

d) *Empuje o perentoriedad de la pulsión*: alude al factor cuantitativo

²⁰ FREUD, *Los instintos...* cit., t. VI, p. 2042.
²¹ FREUD, *Los instintos...* cit., t. VI, p. 2042.

²² FREUD, Sigmund, *Las pulsiones y sus destinos*, BN, Madrid, 1974, t. VI, p. 2043.
²² FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2042.

Así como las pulsiones del "yo" tienen como finalidad la conservación de la vida del sujeto, las pulsiones sexuales tenderán como meta la conservación de la especie más allá del individuo, a través de la procreación. Justamente, mediante ésta se asegura su existencia trascendiendo el individuo. En los primeros años de vida, las pulsiones sexuales y las pulsiones de autoconservación funcionan juntas. Las primeras, para poder manifestarse, se apoyan en las pulsiones de autoconservación, las cuales se relacionan con las necesidades del organismo. Apoyatura o apuntalamiento son términos descriptos por Freud para aludir a la relación inicial entre las pulsiones sexuales y las de autoconservación o pulsiones del "yo"; las primeras se apoyan o apuntalan en las segundas.

Así como las pulsiones del "yo" tienen como finalidad la conservación de la vida del sujeto, las pulsiones sexuales tenderán como meta la conservación de la especie más allá del individuo, a través de la procreación. Justamente, mediante ésta se asegura su existencia trascendiendo el individuo. En los primeros años de vida, las pulsiones sexuales y las pulsiones de autoconservación funcionan juntas. Las primeras, para poder manifestarse, se apoyan en las pulsiones de autoconservación, las cuales se relacionan con las necesidades del organismo. Apoyatura o apuntalamiento son términos descriptos por Freud para aludir a la relación inicial entre las pulsiones sexuales y las de autoconservación o pulsiones del "yo"; las primeras se apoyan o apuntalan en las segundas.

6. Tipos de pulsiones

económico que afecta a cada pulsión y que, en última instancia, explica el desencadenamiento de la acción que tiende a la satisfacción; incluso cuando la satisfacción es pasiva, la pulsión es activa en la medida en que ejerce un empuje. Freud sostiene que en el empuje de la pulsión "se entiende su factor motor, es decir, la suma de la fuerza o la cantidad de exigencias de trabajo que representa"²². Esta es una cualidad general de las pulsiones y constituye la esencia de las mismas. Es decir, a este carácter de esfuerzo o empuje de la pulsión, Freud lo describe como "la capacidad de poner en marcha la motilidad".

El ejemplo que da Freud²⁴ es el "chupeteo" del niño en los primeros meses de vida. Sostiene que el "chupeteo" consiste en un contacto succionador únicamente repetido y verificado con los labios, acto al que le falta todo fin de absorción de alimento. Aquí Freud encuentra el modelo de la manifestación de las pulsiones sexuales a través de las pulsiones de autoconservación, pero se trata de una actividad que no busca la alimentación y le provoca placer al infantil sujeto. Esta relación entre las necesidades psicológicas y la pulsión sexual dio lugar a lo que se denomina en la teoría freudiana "etapas del desarrollo psicosexual".

Con posterioridad, en otra de sus obras²⁵, Freud postula la que se denominó su segunda teoría de las pulsiones. En este texto introduce el concepto de "pulsiones de muerte", el cual fue desarrollado en base a la observación de los individuos que padecen las denominadas "neurosis traumáticas", las cuales se manifiestan como resultado de alguna experiencia impactante (accidentes, terremotos, guerra, etc.), las que se repiten en sus sueños, haciéndoles revivir el acontecimiento que les produjo el trauma. Desde este texto Freud establece las "pulsiones de vida" (Eros) y la "pulsión de muerte" (Tanatos).

Desde este desarrollo, entonces, las pulsiones de autoconservación o pulsiones del "yo" y las pulsiones sexuales quedan unificadas en las "pulsiones de vida" y aparece como novedad la "pulsión de muerte". La finalidad o meta de las pulsiones de vida es producir unidades cada vez más grandes y complejas para preservar la vida, mediante ligaduras que aseguren la estabilidad del organismo. Por el contrario, la finalidad o meta de la pulsión de muerte será disolver aquellas ligaduras hechas por la pulsión de vida, dirigiéndose primeramente hacia el interior del sujeto, que entonces tenderá a la autodestrucción y, secundariamente, se dirigirá hacia el exterior, manifestándose bajo la forma de pulsión agresiva o destructiva. La función de la pulsión de muerte es destruir para simplificar, porque su meta última es devolver al ser vivo al estado inorgánico anterior.

Ambas pulsiones, las de vida y las de muerte, constituyen el soporte

²⁴ FREUD, *Tres ensayos...* cit., t. VI, p. 1199.

²⁵ FREUD, Sigmund, *Más allá del principio del placer*, BN, Madrid, 1974, t. VII, p. 2510.

Como se desarrolló en el punto 4 de este trabajo, Freud intenta descomponer en sus elementos constitutivos el concepto de pulsión, valiéndose de una asimilación al acto reflejo. Un estímulo del exterior es derivado al exterior por la acción, por ejemplo, la fuga. En cambio,

7. Destinos de la pulsión

Ahora bien, la "libido", que protege la vida y cuyo fin es siempre lograr placer, liga las tendencias de la pulsión de muerte, las que une al organismo animado, haciendo derivar el impulso peligroso de las tendencias de muerte hacia el mundo exterior. Esto significa que la pulsión de muerte es necesaria para que el individuo pueda llevar adelante sus funciones vitales, puesto que es ella la que le otorga la fuerza necesaria, pero si esa fuerza se vuelve contra el propio sujeto, entonces la agresión se transforma en autoagresión, produciendo la modificación del propio "yo".

Existió. proviene de lo inorgánico, de lo inanimado, que fue lo que primero expresó, es recuperar la condición anterior, porque todo lo que vive denuncia es, según el autor, la "pulsión de muerte". Su fin, como ya se ve, es la posibilidad de una condición totalmente libre de tensiones. Esta tendestructura, un impulso hacia la muerte, que es, en el fondo, la destrucción. En todos los individuos existe una tendencia a la autosal con la agresión que en todos se manifiesta con los objetos del mundo exterior. sufrir una destrucción completa, tiene, según Freud, una conexión causal con la agresión que en todos se manifiesta con los objetos del mundo exterior. El hecho de que todo ser humano esté condenado a morir, o a con el propósito de la unión más íntima²⁶.

con la meta última de la incorporación; el acto sexual, una agresión y destrucción. Así, "el acto de comer es una destrucción del objeto proceso psicológico que actuará en toda materia viva como creación. Entonces, a cada una de estas pulsiones se encuentra subordinado un humana ambas pulsiones funcionan juntas en mayor o menor medida". otra, o bien se combinan entre sí, ya que, según Freud, "en toda acción de un conflicto que produce efectos en contra de una tanto como de

un estímulo interior no puede eliminarse con la acción, pues éste tiene una fuerza constante. La pulsión no procede del exterior, sino del interior del soma. La pulsión trata de la satisfacción, no de la acción. El estímulo debe ser suprimido, la pulsión satisfecha. Además, es un concepto límite entre lo somático y lo psíquico, es el representante de los impulsos que provienen del interior del soma. Sin este juego no se pueden entender los pares antitéticos "sadismo/masosquismo" o "voyeurismo/exhibicionismo".

Las pulsiones sexuales, según Freud, "son las que la investigación psicoanalítica más ha podido aislar y considerar por separado en las psiconeurosis"²⁷. Su característica principal es la facilidad con que se reemplazan unas a otras y su capacidad para cambiar indefinidamente de objeto. Dice Freud que "estas cualidades las hacen aptas para funciones muy alejadas de sus primitivos actos finales, es decir son capaces de 'sublimación', o sea orientarse hacia fines distintos a los sexuales, como, por ejemplo, en la elección de una profesión, en el arte, etcétera". Por ser en las que el conocimiento más ha avanzado, se podrá investigar fehacientemente los destinos por los cuales pasan las pulsiones en el curso del desarrollo y de la vida.

Los destinos que toma la "pulsión", según Freud, son los siguientes:

- a) Transformación en lo contrario.
- b) Orientación hacia la propia persona.
- c) Represión.
- d) Sublimación.

A los efectos del presente trabajo, nos interesa el primer destino. La transformación en lo contrario, a su vez, se desdobra en dos procesos esencialmente distintos: 1) el cambio de la pulsión desde la actividad a la pasividad, y 2) la inversión del contenido. Ejemplos del primer proceso son los pares antitéticos "sadismo/masosquismo" y la "escopofilia", es decir el placer visual, "voyeurismo/exhibicionismo". La transformación en lo contrario alcanza sólo a los fines de la pulsión. Dice Freud que "el fin activo: atormentar, ver, es sustituido por el fin pasivo: ser atormentado, ser visto"²⁸.

²⁷ FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2044.
²⁸ FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2045.

Tanto en uno como en otro proceso, lo que resalta es el cambio de objeto, permaneciendo el mismo fin. El "masoquista" comparte el goce activo de la agresión contra su propia persona, y el "exhibicionista", el resultante de la desnudez de su propio cuerpo. El tránsito de la "actividad a la pasividad" no es un contenido, como en la "versión de contenido", donde se trata de un afecto; cambian, por decirlo así, los lugares del sujeto, la estructura permanece invariable. En la "orientación hacia la propia persona", Freud reflexiona: "el masoquista no es otra cosa que un sadismo dirigido contra el propio yo, o bien que el exhibicionista entraña la contemplación del propio cuerpo". La "inversión de contenido" se manifiesta solamente en la transformación de amor en odio²⁹.

Ser exhibicionista implica intentar verse como uno es visto, "yo me miro, y ahora quiero que aquello que yo veo cuando me miro, lo vea el otro". El masoquista comparte con el otro el goce de la agresión a la propia persona. El exhibicionista comparte con el otro el efecto de su propia desnudez. Por lo tanto, cuando nos referimos a una estructura, el fin permanece, lo que cambia es el objeto, es decir, el lugar de la relación del sujeto al objeto; justamente, la pulsión implica esta articulación.

En la contemplación y la exhibición, el proceso se presenta de la siguiente forma:

- a) La contemplación como actividad orientada hacia un objeto ajeno.
- b) El abandono del objeto, la orientación de la pulsión de contemplación hacia una parte del cuerpo de la propia persona y con ello la transformación en pasividad y el establecimiento del nuevo fin: el de ser contemplado.
- c) El establecimiento de un nuevo sujeto al que la persona se mue-

tra para ser por él contemplado.

El fin activo, sostiene Freud, aparece antes que el pasivo, precediendo la "contemplación" a la "exhibición"³⁰. Pero surge aquí, dice Freud, una diferencia fundamental con respecto al sadismo, que consiste en que la pulsión de "escopofilia" tiene una fase anterior a la señalada

²⁹ FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2045.
³⁰ FREUD, *Los instintos...*, cit., t. VI, p. 2046.

En todo ser humano, como se ha visto, permanecen vivos los deseos salvajes infantiles; ellos forman el núcleo de lo inconsciente. Los deseos de lo inconsciente no tienen límites, son tendencias sádicas y agresivas, así como deseos sexuales infantiles primitivos y perversos, según postuló Freud al definir la sexualidad del infantil sujeto como "perversa polimórfica"³². En la vida del adulto común, estas tendencias primitivas permanecen en la esfera de lo inconsciente: el "yo" las destierra de la esfera de la conciencia. Pero como éstas están vivas y cargadas de energía, tienen una tendencia a irrumpir a través del sistema de represiones constituidas por el "yo". El mecanismo de defensa no es siempre bastante fuerte y no dispone de suficiente energía como para dominar a las pulsiones infantiles rebeldes, las cuales entonces se abren paso bajo las formas de fantasías o de acciones.

8. Consideraciones generales sobre la personalidad del exhibicionista. Análisis en torno a su capacidad de culpabilidad

El esquema de la pulsión de "escopofilia" se establece, según Freud³¹, de la siguiente manera:

- 1) Uno contempla un órgano sexual = un órgano sexual es contemplado por uno mismo.
- 2) Uno contempla un objeto ajeno = "escopofilia activa".
- 3) Un objeto que puede ser uno mismo o parte de uno es contemplado por una persona ajena = "exhibicionismo".

Tal fase preliminar no se presenta en el sadismo, el cual se orienta desde un principio hacia un objeto ajeno.

con la letra a. La pulsión de escopofilia es autoerótica al principio de su actividad, posee un objeto que encuentra en el propio cuerpo. Sólo más tarde es llevado por el camino de la comparación a cambiar este objeto por una parte análoga del cuerpo ajeno, tal cual aparece en el punto a.

mecanismo de defensa del "yo" ha capitulado. En este sentido el "yo" sin distraer alguno; por lo tanto, las mociones pulsionales primarias se ven en la obligación de producir modificaciones para acceder a la conciencia. Es decir, aparecerán con un distraer simbólico, que le permitirá acceder a la conciencia. Se recoge entonces que existe algo en común entre la neurosis, la perversión y el delito, ya que todos ellos son la expresión de tendencias infantiles y en todos el mecanismo de defensa del "yo" ha obligado a modificarse el deseo inconsciente.

En el comportamiento perverso existe una tendencia a desnudar las partes sexuales en presencia de otras personas. En verdad, las mujeres adultas suelen ser a veces el objeto buscado para servir de espectadoras, pero la inclinación que se da con mayor frecuencia es a tener como testigos a los niños y, sobre todo, a las niñas. En el exhibicionismo propiamente dicho, la propensión consiste exclusivamente en mostrar las partes genitales, pero, a veces, se suman la masturbación y otros actos.

Conviene en esta exposición distinguir hechos que mucho difieren entre sí. La exhibición puede ser ocasional y fortuita en algunos términos del área "anogenitourinaria", por ejemplo, los que son impulsados a realizar maniobras insólitas con sus órganos sexuales para luchar contra su incontinencia o facilitar la micción. En general, en estos casos la exhibición es involuntaria y resulta de una insuficiencia orgánica; estos enfermos procuran ocultar sus manipulaciones y no tienen intención de producir escándalo.

En ciertos "oligofrénicos" y en sujetos que padecen de "demenia senil", tampoco hay pretensiones de producir ningún efecto impudico cuando dejan a la vista o muestran sus órganos en público por ausencia o pérdida de la noción de decoro. En palabras del reconocido psiquiatra Antoine Porot: "La mayoría de los actos de estos individuos se distinguen por ser absurdos en las circunstancias en que se cometen"³³; aquí, sin dudas, no puede hablarse de un sujeto que comprenda la criminalidad de su accionar.

En otros actos, la exhibición es consecuencia de un estado confu-

sional o crepuscular transitorio, por ejemplo, el producido por embriaguez o epilepsia³⁴. En otros, por "delirios". También, en ocasiones se pueden señalar casos de exhibicionismo en forma impulsiva en el comportamiento de ciertos sujetos con traumatismos craneales³⁵.

Pero, al lado de éstos, hay que dejar un espacio para hacer mención a los denominados "sátiros", en quienes la exhibición es una invitación directa al coito, y por ello hay que tener en cuenta que una manera de distinguirlos es que muestran el miembro erecto y a la vez se valen siempre de gestos significativos.

El exhibicionismo propiamente dicho consiste en la práctica habitual de la exhibición. Pero hay que tener en cuenta que este tipo de sujeto muestra a sus víctimas elegidas (mujeres, jovencitas y muchachos) el pene, que puede estar flácido o no, por lo general en lugares públicos (transportes, iglesias, plazas y parques, etc.), así como en el pasillo de una casa, o bien llaman la atención desde un sitio bien visible, como la ventana de una habitación.

Un detalle importante a tener en cuenta en la evaluación de la conducta de estos sujetos es que, en general, toman precauciones para no ser observados, sino a sabiendas, y suelen ocultar sus órganos, dispuestos para la exhibición, bajo un impermeable, sobretodo o prenda análoga, la cual retiran en el momento propicio; esta actitud, según Porot, significa que se dan cuenta de lo reprensible de su conducta³⁶. Además manifiestan cierta estereotipia en la realización de los actos (lugar, hora, víctima, etc.) y son unos reincidentes incorregibles.

Observando estos dos importantes aspectos es cuando, desde el plano jurídico, puede responderse a la pregunta referente a si la persona, como destinataria de las normas, tuvo capacidad para que ésta se concretara en él y, en consecuencia, pudo tomar la decisión de actuar conforme a la ley. En efecto, aquello a que lícitamente hiciera referencia Porot constituye un claro indicador de la comprensión, por parte del sujeto, de la criminalidad del acto; por su parte, el hecho de resultar reincidentes

³⁴ Aquí, incluso, podríamos estar en presencia de casos en los que directamente no habría acción —jurídicamente hablando—.

³⁵ Una interesante —aunque ajustada— síntesis puede verse en ROJAS, Nerio, *Medicina legal*, El Ateneo, Buenos Aires, 1950, p. 218.

³⁶ POROT, ob. cit., t. I, p. 524.

incorrectos puede ser síntoma, en algunos casos y sin perjuicio de su comprensión, de la imposibilidad de ajustarse a la norma.

Hay que distinguir, sobre todo, a los sujetos exhibicionistas por perversión sexual pura, en los cuales únicamente la exhibición puede provocar el orgasmo, excluido el acto normal; éstos sustituyen por completo al coito y, desde el punto de vista del psicoanálisis, se interpreta como una regresión de la sexualidad a la fase narcisista infantil, o como una forma de expresar la negación del complejo de castración: la exhibición y, fundamentalmente, la consecuente reacción en la víctima permiten al sujeto corroborar en forma constante que no está castrado. Pareciera ser, entonces, que sólo en esta última variedad del exhibicionismo se encuentra el carácter impulsivo del acto.

El complejo de castración fue postulado por Freud por primera vez en 1908, en su obra *Tres ensayos para una teoría sexual*; éste se centra justamente en la fantasía de castración, la cual aporta una respuesta al enigma que plantea al niño la diferencia sexual anatómica (presencia o ausencia del pene); a esta diferencia, el niño la atribuye al cercenamiento del pene de la niña. La estructura y los efectos de este complejo son diferentes en el niño y en la niña. El niño teme la castración como una realización de una amenaza paterna en respuesta a sus actividades sexuales reales: tocamiento, masturbación o fantasías, lo cual le provoca una intensa angustia de castración. En la niña la ausencia de pene es sentida como un perjuicio sufrido, que intenta negar, compensar o reparar, haciendo responsable a su madre por haberla hecho incompleta. Este complejo guarda estrecha relación con el complejo de "Edipo" y más específicamente con su función prohibitiva y normativa. Sostiene Freud: "el pene es ya en la infancia la zona erógena directriz, el objeto erótico más importante y su valorización se refleja lógicamente en la imposibilidad de representarse una persona semejante al propio 'yo' sin esta parte constitutiva esencial"³⁷.

En una nota al pie de página, de este mismo texto, dice Freud: "el análisis revela que en esta perversión (el exhibicionismo), como en la mayoría de las demás, hay una inesperada diversidad de motivos y significaciones. La compulsión exhibicionista depende íntimamente del

complejo de castración, acentuando de continuo la integridad de los propios genitales (masculinos) y renovando la satisfacción infantil expimentada por la falta de miembro en los genitales femeninos³⁸.

En la misma página, pero en el texto principal, sostiene: "Lo que constituye el carácter típico de los exhibicionistas y que por lo tanto conforma la contemplación en una perversión, es que muestran sus genitales para que, en reciprocidad, le sean enseñados los de la parte contraria"³⁹.

Más adelante, haciendo referencia al uso de la técnica psicoanalítica para la indagación de las neurosis, perversiones, etcétera, dice el mismo autor: "Cuando se descubre en lo inconsciente de un sujeto una de estas pulsiones (se refiere a algunos de los destinos de ésta, señalados más arriba), apta para formar con su contraria uno de los pares antitéticos, aparece siempre actuando simultáneamente la pulsión antitética (en el caso del exhibicionismo, seguramente aparecerá la pulsión de *escopofilia*, es decir, el *voyeurismo*). Continúa: "Toda pulsión activa queda así acompañada siempre del factor antagónico correspondiente. El sujeto que es *exhibicionista* inconsciente, es al mismo tiempo *voyeur*"⁴⁰.

Desde la teoría freudiana se puede sostener que la perversión va acompañada de otros desarreglos neuróticos (dudas, escrúpulos, fobias, etc.) y a veces suele observarse que el sujeto busca en un coadyuvante alcohólico el "valor" para entregarse a ese acto, que su personalidad repueba. Mas en términos generales, los hechos son muy pocas veces simples. Aunque se puede advertir que la personalidad del exhibicionista es casi siempre huidiza e impenetrable; lleva habitualmente la marca, como en todos los vergonzosos de la sexualidad, de un infantilismo afectivo. Por lo general, el exhibicionista es rebelde a la terapia. La exhibición se realiza habitualmente a cierta distancia de la víctima, sin comentarios ni manipulaciones. Sólo en algunos casos el sujeto asocia a ella la masturbación o se frota con alguna prenda de mujer, pero esto configura otra variedad: exhibicionismo onanista y los llamados "frotadores".

³⁸ FREUD, *Tres ensayos...* cit., t. IV, p. 1185.
³⁹ FREUD, *Tres ensayos...* cit., t. IV, p. 1185.
⁴⁰ FREUD, *Tres ensayos...* cit., t. IV, p. 1191.

En resumen, se puede afirmar que la capacidad de culpabilidad de los exhibicionistas es variable, según la categoría en que el examen permita clasificar al individuo. En el débil mental grave (oligofrénico), en los sujetos que padecen demencias, en las psicosis delirantes y en las epilepsias suele ser nula (o directamente no haber acción), sobre todo por su imposibilidad de comprender la criminalidad del acto, es decir, de orientarse de acuerdo a ciertos valores; es discutible según la capacidad de resistencia, en el caso de las obsesiones. El exhibicionista por perversión sexual pura, esto es, aquel que sustituye por completo el coito, si bien comprende la norma, es claro que no puede dirigir sus acciones conforme a ella. El sujeto, en estos supuestos, no puede contrarrestar sus habituales impulsos mediante las inhibiciones. En este campo, es decir, en el factor volitivo, es donde se aprecia la incapacidad de culpabilidad de este tipo de exhibicionista; para él, pese a la clara conciencia del injusto que tiene, los impulsos para la comisión del hecho resultan incontrolables.

El origen de este tipo de perversión, sin dudas, hay que buscarlo en los complejos de castración y de "Edipo"—lo cual constituye una ardua tarea, por cierto—. Sin perder de vista que la labor relativa al enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad constituye una cuestión jurídica y a cargo del juez, en esto no se puede prescindir de la ayuda del perito—psiquiatra y psicólogo—.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL..... 5

DOCTRINA

EL CONCEPTO DOGMÁTICO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL

por EDGARDO ALBERTO DONNA

I. Introducción.....	9
II. El estado actual del problema.....	11
III. El autor.....	12
IV. El autor y el concepto de funcionario público.....	21
1. Análisis general.....	21
2. La teoría administrativa que diferencia al funcionario del empleado administrativo.....	22
3. La crisis de esta posición dentro del Derecho Administrativo.....	24
4. La antigua teoría que da autonomía al concepto de funcionario público en el Derecho Penal.....	26
V. Análisis dogmático del concepto de funcionario público.....	26

**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y PRINCIPIO DE
LEGALIDAD. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL PLENO**
(Análisis de la tesis de jurisprudencia número XXXIX/2002)

por RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS

31	
33	I. Delimitación del tema.
38	II. Método de análisis.
39	III. Análisis de la tesis.
39	1. ¿Contiene el artículo 109, fracción III, párrafo tercero,
	constitucional el tipo penal de enriquecimiento ilícito?.....
39	2. ¿Es correcto afirmar que el artículo 224, párrafo primero,
	en su parte primera del Código Penal Federal reprodujo
	de manera esencial los elementos del tipo penal de
	enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 109,
54	fracción III, párrafo tercero, constitucional?.....
	3. ¿Vulnera o no la garantía de legalidad la
	primera parte del primer párrafo del
67	artículo 224 del Código Penal Federal?.....
	4. ¿Cuál es la naturaleza del contenido de
	la segunda parte del primer párrafo del
82	artículo 224 del Código Penal Federal?.....
91	IV. Conclusiones.
94	V. Bibliografía.

COHECHO, EXACCIONES ILEGALES Y CONCUSIÓN
Casos cuya subsuncción legal genera inconvenientes.
El delito de concusión como delito independiente

por ROXANA PIÑA

99	I. Introducción.
100	II. La comparación.
100	1. Antecedentes.
101	2. Antecedentes legislativos nacionales.

I. Introducción: elementos generales del delito 151

EL DELITO DE FALSA DENUNCIA
Aspectos generales y su relación
con el tipo penal de calumnia
por JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE
y GENEVEVA INÉS CARDINALI

I. Introducción..... 117
II. Asuntos de interpretación de la ley..... 120
III. Problemas políticos..... 122
IV. El bien jurídico..... 124
V. Estructura típica. La estrechez de
las clasificaciones dogmáticas 130
VI. Justificar no es probar 137
VII. Algo más sobre la posibilidad física de
realización de la acción mandada 139
VIII. Cláusula contra la autoincriminación compulsiva 141
IX. *Non bis in idem* y prescripción 146
X. Renuncia a garantías constitucionales..... 146
XI. Pena..... 148
XII. Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759 .. 149
XIII. Conclusión..... 150

ENRIQUECIMIENTO PATRIMONIAL DE FUNCIONARIOS, SU
NO JUSTIFICACIÓN Y PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

por JAVIER AUGUSTO DE LUCA
y JULIO E. LÓPEZ CASARIEGO

3. Bien jurídico tutelado..... 103
4. Cuestión preliminar..... 104
III. Distintas posturas 105
IV. La síntesis final..... 114

I. Introducción.....	183
II. Antecedentes históricos y legislativos.....	184
III. Bien jurídico.....	186
IV. Delito de peligro abstracto.....	187
V. Tipo objetivo.....	190
VI. Autores.....	190
VII. La calidad de testigo y la garantía contra la autoincriminación.....	192
VIII. Falsedades sobre las denominadas "generales de la ley".....	197
IX. Juramento o promesa de decir verdad.....	198
X. Autoridad competente.....	200
XI. Tipo subjetivo.....	201
XII. Falso testimonio en causa criminal.....	201
XIII. Falso testimonio agravado por cohecho.....	202

por GUSTAVO GOERNER

EL DELITO DE FALSO TESTIMONIO

II. La relación entre la falsa denuncia y la calumnia.....	160
I. Teoría del concurso de delitos.....	160
a) Tesis del concurso ideal.....	161
b) Tesis del concurso real.....	163
2. Teoría del concurso aparente.....	165
a) Teorías que consideran aplicable el delito de calumnia.....	165
b) Teorías que consideran aplicable el delito de falsa denuncia.....	169
III. Nuestra opinión.....	170
1. La necesidad de reforma legislativa.....	170
2. La solución provisoria del concurso ideal.....	173
IV. Conclusión.....	180

EN BUSCA DE LOS LÍMITES PERDIDOS ENTRE LOS TIPOS PENALES DE COHECHO Y DE CONCUSIÓN

por GONZALO SEGUNDO RUA

1. Introducción.....	203
2. Un repaso por la historia de los tipos penales.....	209
3. La interpretación doctrinal y jurisprudencial sobre los límites imprecisos de ambas figuras. La confusión como eje central y dominante	212
a) Doctrina.....	212
b) Jurisprudencia	215
1) Tribunal Oral en lo Criminal Nº 12, "Wowe, Carlos", del 9 de junio de 1999	215
2) Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, "Varela Cid, Eduardo y otro s/Rec. de casación", registro 2763, causa 1626, del 29 de agosto de 2000	217
3) Tribunal Oral en lo Criminal Nº 11, "Visciglia, Antonio y otros", causa 664, resuelta el 8 de julio de 1999	219
4) Una breve reflexión.....	220
4. Una primera aproximación.....	223
5. ¿Acuerdo libre o coaccionado? Dificultad probatoria.....	228
6. Los casos dudosos o difíciles	232
7. La destrucción de algunos mitos.....	236
a) La naturaleza jurídica del cohecho no es en esencia un delito de codeinuencia necesaria	236
b) ¿La "solicitud" de una dádiva de parte del funcionario público como comienzo de ejecución?	239
c) La imperiosa necesidad de una reforma sobre la figura de cohecho pasivo.....	242
d) La acción típica de "solicitar" en la figura de concusión.....	245
8. Conclusiones	246

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL DELITO DE PREVARICATO

por VANESA S. ALFARO

I. Introducción.....	251
II. La legislación española.....	252
III. El bien jurídico protegido	252
IV. El tipo penal	254
1. Los sujetos, su especial calidad	254
2. La acción. Prevaricato de hecho y de derecho.....	255
3. El tipo subjetivo. La modificación efectuada en el ordenamiento español	259
4. El perjuicio. La consumación.....	262
V. La forma agravada	264
1. La sentencia.....	264
2. Bien jurídico protegido: la libertad	265
3. La acción.....	266
4. Tipo subjetivo	269
5. La consumación.....	269
VI. Auxiliares de la justicia y otros.....	270
1. Bien jurídico protegido.....	271
2. La figura legal en el ordenamiento penal español	271
3. Los sujetos.....	272
4. La acción.....	274
5. El tipo subjetivo	276
6. El perjuicio	276

EL ARTÍCULO 270 DEL CÓDIGO PENAL: ¿PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL O LA HISTORIA DEL DELITO QUE QUISO Y NO PUDO SER?

por NICOLÁS AMOROSO

§ 1. Introducción y planteo de problemas	279
--	-----

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

por JAMES REATEGUI SÁNCHEZ

§ 2. Bien jurídico lesionado: su ubicación sistemática	281
§ 3. Delimitación del tipo objetivo	282
3.1. Elemento objetivo formal común a las dos acciones típicas	282
3.1.a) "Prisión preventiva" como elemento normativo del tipo objetivo	282
3.2. Acción típica comisiva: "decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda"	292
3.3. De la comisión por omisión: "...prolongare la prisión preventiva que, computada en forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado..."	301
§ 4. Acerca del tipo subjetivo	303
§ 5. El problema del monto punitivo	305
§ 6. Bibliografía consultada	307

.....	309
1. Consideraciones generales sobre la corrupción	310
2. Corrupción y administración pública	312
3. Aspectos esenciales de los delitos de corrupción de funcionario. A propósito de la reforma producida por la ley 28.355 del 4-10-2004	316
3.1. Apuntes preliminares	316
3.2. Sistemática legislativa: el caso de Argentina y Perú	317
3.3. Configuración típica del cohecho y la ley 28.355	321
3.3.1. Cohecho pasivo propio	324

I. Bien jurídico protegido.....	361
---------------------------------	-----

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL
EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS
(Art. 265 del Cód. Pen.)

I. Bien jurídico	356
II. Tipo objetivo.....	357
1. Distinción entre atentado y resistencia	359

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD
(Art. 239 del Cód. Pen.)

355

VIOLACIÓN DE PRUEBA, REGISTROS Y DOCUMENTOS
(Art. 255 del Cód. Pen.)

por MARÍA CECILIA MAIZA

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JURISPRUDENCIA

5. A modo de conclusión.....	349
4.2. Las vías de imputación individual utilizables para imputar comportamientos en el marco de la criminalidad organizada.....	342
4.1. Algunas notas con relación a la criminalidad organizada	340
4. La corrupción de funcionario en el contexto de la criminalidad organizada.....	340
3.4. El delito de cohecho como forma de "encuentro" en los tipos pluripersonales	337
3.3.2. Cohecho pasivo impropio	331
3.3.3. Cohecho pasivo específico	332
3.3.4. Cohecho activo genérico y específico	334

362	II. Tipo objetivo.....
362	III. Tipo subjetivo.....

EXACCIONES ILEGALES (Art. 266 del Cód. Pen.)

363	I. Bien jurídico protegido.....
364	II. Tipicidad.....
364	I. Acciones típicas.....

364	a) Diferencia entre exacción ilegal y concusión.....
364	b) Conductas incluidas en el artículo 266 del Código Penal.....
378	2. Carácter indebido.....
379	3. Abuso del cargo.....
383	4. Objeto de la exacción.....
387	5. Conductas que no configuran el delito de exacción ilegal.....
392	6. Tipo subjetivo.....

392	III. Autoría y participación.....
-----	-----------------------------------

396	IV. Sujeto pasivo.....
397	V. Consumación.....
400	VI. Tentativa.....

EXACCIÓN AGRAVADA POR EL MEDIO EMPLEADO (Art. 267 del Cód. Pen.)

402

EXACCIÓN AGRAVADA POR EL DESTINO DE LO RECIBIDO -Concusión- (Art. 268 del Cód. Pen.)

405	I. Tipo objetivo.....
407	II. Tipo subjetivo.....
407	III. Consumación y tentativa.....
409	IV. Diferencia con otras figuras legales.....
409	I. Con la extorsión.....

I. Tipo objetivo.....	449
I. Acción típica.....	449

PREVARICATO DE LOS ABOGADOS Y OTROS MANDATARIOS JUDICIALES
(Art. 271 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo.....	448
II. Tipo subjetivo.....	448

PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL
(Art. 270 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo.....	439
I. Acción típica.....	439
a) Prevaricato de Derecho.....	441
b) Prevaricato de hecho.....	444
II. Tipo subjetivo.....	445

PREVARICATO
(Art. 269 del Cód. Pen.)

.....	438
-------	-----

OMISIÓN DE PRESENTACIÓN DE DECLARACIÓN JURADA
(Art. 268 [3] del Cód. Pen.)

I. Bien jurídico.....	413
II. Tipo objetivo.....	415
III. Constitucionalidad de la norma.....	419
IV. Justificación del enriquecimiento.....	436
V. Autoría y participación.....	437
VI. Concurso de delitos.....	438

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS
(Art. 268 [1] y [2] del Cód. Pen.)

2. Con el cohecho.....	410
3. Con la malversación.....	412

451	II. Tipo subjetivo
451	III. Consumación
451	IV. Querellante

DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA
(Art. 273 del Cód. Pen.)

452

FALSO TESTIMONIO
(Art. 275 del Cód. Pen.)

453	I. Bien jurídico
456	II. Tipo objetivo
456	I. Acción típica
463	a) Las generales de la ley
468	b) Declaración sobre hechos propios
473	2. Autoridad competente
476	3. La promesa de decir verdad
477	4. Autores
478	a) Testigos
480	b) Peritos
481	III. Tipo subjetivo
486	I. Error de prohibición
486	IV. Consumación y tentativa
488	V. Agravante falso testimonio en causa criminal en perjuicio del imputado
490	VI. Querellante, particular ofendido por el delito
491	VII. Diferencia con otros delitos
491	I. Con la calumnia
492	2. Con el encubrimiento
493	3. Concurso ideal

ENCUBRIMIENTO
(Art. 277 del Cód. Pen.)

493	I. Generalidades
-----	------------------

705

II. Bien jurídico	497
1. Bien jurídico (conf. ley 23.468)	497
III. Presupuesto del delito	498
1. El delito antecedente	498
(conf. ley 25.246)	498
2. Delito antecedente	498
(conf. ley 23.468)	501
3. Ausencia de participación	501
en el delito anterior	504
4. Alternatividad de la figura	505
IV. Favorecimiento personal	507
1. Tipo objetivo	507
a) Favorecimiento a través de ayuda	507
2. Tipo subjetivo	509
Favorecimiento real	509
1. Tipo objetivo	509
2. Tipo subjetivo	510
Recepción (conf. ley 25.246)	510
1. Tipo objetivo	510
2. Tipo subjetivo	511
3. Consumación y tentativa	516
4. Concurso	517
VII. Recepción (conf. ley 23.468)	518
1. Tipo objetivo	518
2. Tipo subjetivo	522
3. Consumación y tentativa	525
4. Concurso	527
VIII. Favorecimiento personal a través de la omisión de denunciar	528
1. Tipo objetivo. Problemas de autoría	528
2. Tipo subjetivo	533
3. Consumación	534
IX. La ayuda a asegurar el producto	534
1. Tipo objetivo	534

535	X. Agravantes.....
535	1. Animo de lucro.....
540	2. Habitualidad.....
541	XI. Exención de pena.....

LAVADO DE ACTIVOS

541	I. Tipo objetivo.....
541	1. Operaciones <i>back to back</i>
542	2. Presupuestos.....
542	3. Objeto material. Encubrimiento.....
544	4. Procedencia del dinero.....
545	5. Prueba del origen de los fondos.....
545	a) Patrimonio del presunto autor.....
547	b) Prueba del origen ilegal de los fondos.....
548	II. Autoría.....
548	III. Medidas cautelares. Decomiso de bienes.....
549	IV. Aplicación de la ley penal en el tiempo.....
549	1. Sucesión de leyes en el tiempo (leyes 20.771, 23.737 y 25.246). Principio de legalidad.....
550	2. Ley penal en el tiempo (art. 29 de la ley 25.246). Aplicación de la ley penal más benigna.....
551	V. Jurisprudencia respecto del derogado artículo 25 de la ley 23.737.....
551	1. Tipo objetivo.....
552	2. Prueba del origen de los bienes.....
552	3. Tipo subjetivo.....
552	4. Autoría.....
553	5. <i>Non bis in idem</i>
553	6. Decomiso. Medida cautelar.....
554	7. Inhibición general de bienes.....
554	8. Concurso real.....
554	a) Asociación ilícita.....
555	b) Contrabando. Artículo 25 de la ley 23.737 y artículo 866 del Código Aduanero.....
555	c) Extradición. Estupefactantes.....

I. El fallo.....	569
II. El comentario.....	587
1. Introducción.....	587
2. El caso y su solución.....	588
3. El tipo de lo injusto.....	589
4. Algunas reflexiones sobre el fallo y la doctrina nacional.....	592

por SANDRO F. ABRALDES

EL FAVORRECIMIENTO IMPRUDENTE DE LA EVASIÓN DE DETENCIÓN LEGAL JURISPRUDENCIA ANOTADA

.....	564
-------	-----

QUEBRANTAMIENTO DE INHABILITACIÓN (Art. 281 bis del Cód. Pen.)

I. Conducta dolosa.....	562
II. Conducta culposa.....	563

FAVORRECIMIENTO DE EVASIÓN (Art. 281 del Cód. Pen.)

I. Tipo objetivo.....	557
1. Acción típica.....	557
a) La fuerza en las cosas. La violencia en las personas.....	558

EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENA (Art. 280 del Cód. Pen.)

I. Exención de pena.....	556
--------------------------	-----

ATENÚANTES Y AGRAVANTES GÉNERICAS (Art. 279 del Cód. Pen.)

REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 269 DEL CODIGO PENAL. PREVARICATO

por INÉS CANTISANI

I. Fallo.....	599
II. Comentario	603
1. Marco jurídico.....	603
2. El caso a estudio.....	603
3. Requisitos objetivos del artículo 269 del Código Penal	604
4. Aspecto subjetivo	608

ACTUALIDAD

LA POSESIÓN COMO HECHO PUNIBLE

por Prof. Dr. h. c. FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER

I. Introducción.....	613
II. Historia. Derecho Internacional.....	614
III. Estado de la investigación	616
IV. Doble anticipación	617
V. Fundamentación político-criminal	617
1. Delitos puros de posesión	617
2. Posesión con intención de utilización.....	618
3. Posesión como preparación	619
4. Posesión como incentivo de producción.....	620
5. Facilitación de la prueba	621
VI. Objeciones jurídicas a la anticipación de la punibilidad.....	621
VII. Problemas penales teóricos y dogmáticos de los delitos de posesión	625
1. Delitos imprudentes de posesión	625

671	1. Introducción.....
671	2. Sexualidad humana.....
671	a) Libertinaje y perversión.....
674	b) La perversión en el campo médico.....
679	3. Las perversiones.....
680	4. La pulsión y el instinto.....
682	5. Componentes o características de la pulsión.....
684	6. Tipos de pulsiones.....
686	7. Destinos de la pulsión.....
689	8. Consideraciones generales sobre la personalidad del exhibicionista. Análisis en torno a su capacidad de culpabilidad.....

por FEDERICO MAIULINI y LUIS O. MAIULINI

LA PERSONALIDAD DEL EXHIBICIONISTA Y SU CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

631

por FRANCISCO MUÑOZ CONDE

LAS REFORMAS DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL EN 2003: DE LA "TOLERANCIA CERO" AL "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO"

625	2. Posesión como estado.....
628	3. ¿Imposibilidad del deber de poseer sin carga propia?.....
629	VIII. Otros preceptos penales sin acción u omisión.....

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 21 DE AGOSTO DE 2004 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE



