

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

*Por Erika S. Bauger<sup>1</sup>*

SUMARIO: *I. Introducción.- II. Las cifras de los delitos atribuidos a los funcionarios públicos.- III. Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal.- IV. Los delitos en que el funcionario público es sujeto activo o pasivo. Particulares equiparados.- V.- Eximentes relacionados con la función pública. La obediencia debida.- VI.- El ejercicio, la suspensión y la extinción de las acciones penales.- VI.1.- Los antejuicios.- VI.2.- La suspensión del proceso a prueba.- VI.3.- La suspensión e interrupción de la prescripción.- VII.- Las penas de inhabilitación.- VIII.- Conclusiones.*

### ***I.- Introducción.***

Abordar la temática de la responsabilidad que puede caber a los funcionarios públicos desde la óptica del derecho penal impone, necesariamente, tomar en cuenta las estrechas vinculaciones que guarda esta rama jurídica con el derecho administrativo.

En razón de verdad, el derecho penal es disciplina jurídica de intensos contactos con las demás ramas del derecho siendo ésta una de sus notas más salientes y quizás quien más el acento pone en la concepción unitaria del derecho.

De tal forma, el derecho penal como disciplina sancionadora que recoge ilicitudes de otras disciplinas, ha tomado del derecho administrativo un sinnúmero de ellas que colocó, liminarmente, en el Título de los delitos contra la Administración Pública<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de la UNLP. Premio "Joaquín V. González". Auxiliar Docente con funciones de Adjunta de la Cátedra I de Derecho Internacional Privado de la FCJyS. de la UNLP. Especialización en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca. Miembro del AADI, ASADIP e Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata. Becaria de investigación en Iniciación, Perfeccionamiento y Formación Superior de SECyT de la UNLP. Maestranda en Relaciones Internacionales y en Derechos Humanos de la UNLP. Estudiante de la Especialización en Docencia Universitaria de la UNLP. Integrante de la Red de Profesoras de la FCJyS y del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la UNLP. [ebauger@gmail.com](mailto:ebauger@gmail.com), [ebauger@jursoc.unlp.edu.ar](mailto:ebauger@jursoc.unlp.edu.ar). <https://orcid.org/0000-0002-6207-4203>

<sup>2</sup> No obstante que la protección de la Administración Pública y el buen orden administrativo -como bien jurídico tutelado por el Derecho penal- se refleje a lo largo del articulado del Código Penal y de las leyes complementarias al mismo.

El análisis de las distintas figuras del Código Penal y de leyes penales complementarias que tutelan la Administración Pública, resulta primordial porque presentadas en conjunto estas disposiciones, fuera del orden habitual lineal en que se las suele estudiar, cobran una elocuencia distinta. Indudablemente, en su concepción y estructura repercuten con singular vigor fenómenos relacionados con su propio desarrollo y múltiple renovación normativa, que provocan un redimensionamiento adjetivo y sustantivo acrecentando por ello, el interés práctico y científico del régimen penal de la función pública.

Asimismo, el estudio del tema es una cuestión de importante gravitación en países como el nuestro con elevados niveles de anomia, máxime cuando los roles del Estado se transforman y la crisis del Estado, sus funciones e integración se evidencian con una cotidianeidad exasperante, hasta el propio cuestionamiento de la representatividad misma.

Desde esta perspectiva, la función pública es objeto de un significativo control social formal (que se evidencia en cláusulas constitucionales<sup>3</sup> y con nuevas leyes<sup>4</sup>), e informal –que involucra desde reclamos sociales con o sin participación de organizaciones no gubernamentales<sup>5</sup>, hasta cámaras ocultas capaces de cuestionar la corrupción de los jueces, intendentes, policías y una extensa gama de funcionarios públicos, control éste, que mediante

---

<sup>3</sup> La reforma de la Constitución Nacional de 1994 incluyó mecanismos destinados a objetivar el modo de elección de los jueces y controlar su desempeño por el Consejo de la Magistratura (art. 114), a controlar el cumplimiento por parte de la Administración de los Derechos Humanos y de otros derechos y garantías constitucionales a través del Defensor del Pueblo (art. 86) y a controlar el sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos a través de la Auditoría General de la Nación (art. 85). La Constitución de la Provincia de Buenos Aires contiene, a su vez, disposiciones similares respecto al Consejo de la Magistratura (art. 175), al Defensor del pueblo (art. 55) y al Tribunal de Cuentas (art. 159).

<sup>4</sup> Como la sanción de la ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (B.O. 1/11/99).

<sup>5</sup> En tal sentido, cabe mencionar la creación de la Comisión de Seguimiento del Cumplimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción en la República Argentina. Esta comisión, integrada por numerosas Organizaciones No Gubernamentales y Asociaciones Profesionales cuenta con la asistencia técnica de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción. Su sede y secretaría ejecutiva se encuentra en el Colegio Público de Abogados de Capital Federal, siendo su objetivo general ejercer las acciones necesarias para impulsar, difundir y verificar el grado de cumplimiento por parte de la República Argentina de la Convención antes mencionada.

En la Provincia de Buenos Aires, el decreto 1102 del 3/7/2003, dispuso la aprobación del Acuerdo Marco de Cooperación y Asistencia Mutua entre la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y la Secretaría para la Modernización del Estado de la Provincia de Buenos Aires, suscripto con fecha 20 de mayo del 2003. El objeto de este acuerdo, es el diseño y desarrollo de programas de cooperación, asistencia técnica y capacitación en áreas de mutuo interés vinculadas, fundamentalmente, con la implementación de políticas de transparencia y fortalecimiento del control en la gestión administrativa. Asimismo, se acuerda la colaboración en la confección de propuestas de modificación normativa vinculada a las condiciones de transparencia y mecanismos de control en la gestión administrativa, como también en la elaboración de los diagnósticos referidos a las condiciones de transparencia y ambiente de control en la gestión administrativa en las diferentes dependencias u organismos que suscriban convenios específicos.

el apoyo informático permite rastrear y correlacionar cuentas bancarias, registraciones de bienes y declaraciones juradas-

En una sociedad panóptica, la transparencia en la función pública se ha elevado a un valor supremo y es por ello, que las transgresiones de los funcionarios del Estado han cobrado una significativa visibilidad que contrasta con la innovación constitucional y legal en el régimen de la función pública, en una comunidad en la que se ha impuesto el debate mediático y en la que se cuestiona fuertemente la eficacia de estos mecanismos de control.

## ***II. Las cifras de los delitos atribuidos a los funcionarios públicos.***

Conviene poseer un registro somero de las cifras de los delitos atribuidos a los funcionarios públicos en la Provincia de Buenos Aires, tomando como caso el Departamento Judicial de La Plata, de manera que el contexto social no permanezca ausente de las reflexiones que más adelante se expondrán<sup>6</sup>.

Luego de la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, -cuya particularidad destacable es la desaparición del Juez de Instrucción y la correlativa ampliación del rol del Ministerio Público Fiscal que toma el lugar de aquél en la investigación de los delitos a través del procedimiento denominado Instrucción Penal Preparatoria<sup>7</sup>-, en el fuero

---

<sup>6</sup> Los datos estadísticos consignados han sido elaborados por el Departamento de Estadísticas de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia con fecha 15 de marzo de 2004, conforme a planilla de Información Estadística (art. 3, inc. 3, Resolución 492, ref. art. 1 de Resolución 727).

<sup>7</sup> El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires fue aprobado por ley 11.922 (B.O. 23/1/97), modif. por leyes 11.982, 12.059, 12.278, 12.395, 12.405, 13.057 y 13.080. Representa sin duda un nuevo enfoque en la estructura y el funcionamiento de la ley de forma respecto de su antecesor (Código de Jofré). Entre otras particularidades que presenta, se encuentra el de estatuir en la fase del proceso llamada Instrucción Penal Preparatoria, la figura del Juez de Garantías que asume el carácter de una instancia intermedia entre las partes y actúa como el fiel de la balanza entre los intereses contrapuestos de los demás protagonistas del juicio penal. Así, el Fiscal debe solicitar la anuencia de este magistrado para disponer de los actos que signifiquen restricciones a la libertad del imputado –medidas cautelares-, así como para la incorporación de pruebas y la realización de diligencias que se consideren irreproducibles o definitivas. Asimismo, cabe destacar que el nuevo Código asume una orientación decididamente garantista lo cual se demuestra en el tratamiento, por ejemplo, de las medidas cautelares cuya articulación es sustancialmente distinta a la de los códigos clásicos (v.gr.: arts. 144, 148, 159, 160, 163, 395 y ss., 404, 169, inc. 11, etc.). Otra de las innovaciones de la ley es la concreción del juicio oral que coloca al Código en la línea de las orientaciones modernas de la materia. En lo que respecta a los juicios especiales son de destacar el juicio abreviado y la suspensión del proceso a prueba, el primero tendiente a aligerar a los tribunales de juicios de poca monta y el segundo dar al acusado una oportunidad de enmienda siempre que se avenga a cumplir con determinadas obligaciones destinadas a mantenerlo apartado de la comisión de nuevos delitos, así como satisfacer la enmienda civil que corresponda. En lo referido a las impugnaciones cobra profunda elocuencia el establecimiento del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires encargado de

penal de La Plata, existe un órgano específico encargado de promover y ejercer la acción penal y llevar a cabo tal instrucción en los hechos delictivos que nos ocupan. Así, la Resolución 06/99<sup>8</sup> reglamentó el funcionamiento y organización de la Unidad Funcional de Investigaciones Complejas, determinando como su ámbito de actuación, “...*la intervención en todas las causas que se iniciaren por presunta comisión de delitos en perjuicio de la administración pública y en los que resultare damnificado o perjudicado el patrimonio del Estado Provincial; que afectasen intereses colectivos o difusos, los recursos naturales, el medio ambiente y la salud pública; y en aquellos en que participaren complejas organizaciones criminales...*”<sup>9</sup>

Esta normativa fue modificada posteriormente por la Resolución 24/02<sup>10</sup> estatuyendo como ámbito de actuación de la Unidad Funcional de Instrucción Nro. 8 de Investigaciones Complejas “...*intervenir en todas las investigaciones penales preparatorias que se iniciaren por la presunta comisión de delitos de acción pública perpetrados en perjuicio de la administración pública, y en los que resultare damnificado o perjudicado el patrimonio del Estado Provincial o Municipal, que implicaren por razones de gravedad y cantidad de los hechos, o por el daño económico ocasionado, suma complejidad en la investigación; que afectasen intereses colectivos o difusos, los recursos naturales, el medio ambiente y la salud pública; y en aquellos en que participaren organizaciones criminales, involucradas en la comisión de delitos en perjuicio de la administración pública...*”<sup>11</sup>.

Determinado entonces, el órgano competencial encargado de investigar los delitos atribuibles a los funcionarios públicos en el Departamento Judicial de La Plata, las cifras aportadas arrojan los siguientes resultados:

<b>Estado procesal de causas penales en trámite por ante la Unidad Funcional de Instrucción N° 8 de</b>	<b>Octubre 1998 a diciembre de 2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>TOTAL</b>
					<b>L</b>

---

conocer en el recurso de casación y en la acción de revisión, cuya misión primordial como tribunal de derecho, es la nomofiláctica, manteniendo la interpretación de las normas jurídicas en una misma línea hermenéutica.

<sup>8</sup> Resolución Nro. 06/99 del Fiscal de Cámara del Departamento Judicial La Plata de fecha 18 de febrero de 1999.

<sup>9</sup> Art. 1, Resolución Nro. 06/99.

<sup>10</sup> Resolución Nro. 24/02 del Fiscal de Cámara del Departamento Judicial La Plata de fecha 16 de septiembre de 2002.

<sup>11</sup> Art. 1, Resolución Nro. 24/02.

<b>Investigaciones Complejas de La Plata</b>					
Denuncias Recibidas	167	323	101	221	812
Denuncias Desestimadas			2	1	3
IPP Promovidas	167	323	101	221	812
IPP con prueba irreproducible					
Sobreseimiento	1	2	1		4
Requisitoria de elevación a juicio	4	9	11	21	45
Requisitorias firmes					
Audiencia del art. 338 CPP					
Audiencia de Debate					
Suspensión de juicio a prueba					
Juicios abreviados					
Recursos	2	2	7	11	22
<b>IPP ARCHIVADAS</b>	37	80	49	49	215

En los párrafos sucesivos se expondrá un cuadro general del régimen penal de la función pública con relación a las normas del Código Penal, con las ventajas y desventajas que toda visión de conjunto puede presentar.

### ***III.- Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal.***

En la medida que hemos de establecer la responsabilidad que desde el punto de vista penal cabe asignar a los funcionarios públicos, conviene, entonces, delimitar este último concepto a la luz del derecho represivo.

El art. 77 del Código Penal se encarga de significar que –con los términos “*funcionario público*” y “*empleado público*”, que en dicho cuerpo legal se utilizan-, *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.*

Como se advierte, este enunciado pareciera limitarse al marco del Código, sin embargo la parte general de este cuerpo normativo se aplica a todos los delitos previstos en las leyes especiales en cuanto éstas no dispusieran lo contrario (art. 4, Código Penal).

A poco de analizarse, esta definición traza una similitud de concepto entre funcionario y empleado público, no obstante que la doctrina administrativista discrepe sobre esta cuestión<sup>12</sup>.

Por otro lado, y más allá de la definición de funcionario público descrita en el art. 77, el Código Penal alude en diversas disposiciones a clases especiales de funcionarios públicos. Una enunciación extensa se realiza en el art. 227 bis, párr. 2º, que prevé figuras delictivas atenuadas para quienes colaboren con autoridades de facto permaneciendo en sus cargos: *“...Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en alguno de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del Ministerio Público*

---

<sup>12</sup> En el ámbito del Derecho Administrativo no existen acuerdos significativos en la caracterización de cada uno de los conceptos. Bielsa define con un concepto amplio al decir que: *“...la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados, según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado...”*. Y agrega el autor que *“...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 delimitada esfera 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 público, ya sea actividad jurídica o actividad social”*. En una misma línea argumental, Marienhoff se orienta hacia una diferenciación formal jerárquica, sin recurrir al concepto de función pública para distinguir entre funcionario y empleado, sino quien la atribuye directamente al que sea calificado funcionario. En un enfoque diametralmente opuesto, Gordillo opina que debe eliminarse toda distinción entre estas categorías, sobre la base de considerar que la ley no hace ninguna distinción. (Ver en ABOSO, Gustavo E. y ABRALDES, Sandro F., *“Sobre el concepto de funcionario público en el Código Penal”*, L.L., t. 1996-B-650).

*Fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento nacional y de las legislaturas provinciales...”.*

La estrategia del Código Penal al definir al funcionario público presenta entonces, dificultades adicionales. La primera emergente de la propia definición, en virtud de que es menester conceptualizar de alguna manera la función pública y el ejercicio permanente o accidental de la misma, expresiones éstas, respecto de las cuales y tal como se verá luego, existen numerosas divergencias. La segunda dificultad estriba en que es necesario tener muy en cuenta la disposición del Código en la que se emplea esta expresión ya que, en muchas ocasiones, es vital poseer en concreto un conjunto muy complejo de leyes y reglamentaciones nacionales y provinciales. Y en otras, por el contrario, la palabra funcionario público extiende su significado más allá del establecido en la propia definición, como ocurre con los arts. 238 y 239, respecto de los cuales “...*se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito*” (art. 240, Código Penal).

Otras figuras delictivas, como el atentado a la autoridad, la resistencia a la autoridad y la desobediencia, equiparan a los funcionarios públicos con las personas que les presten asistencia a su requerimiento –arts. 237 y 239-, o en virtud de una obligación legal –art. 239-. En ocasiones ciertas figuras establecidas, cuyo sujeto activo es necesariamente un funcionario público, se aplican sin embargo, a particulares. Tal es el caso del delito de malversación de caudales públicos tipificado en el art. 263 del ordenamiento penal que establece: “...*Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares...*”, y en las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, en el mismo sentido, el art. 265 en su parte final establece que “...*esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales...*”.

También el art. 269 del mismo cuerpo normativo prescribe que el tipo penal prevaricato simple “*será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables*

*componedores...*”. Este tipo de extensiones de las consecuencias de los actos de los funcionarios públicos se puede verificar también en el Código Civil<sup>13</sup>.

En suma, como podrá apreciarse, más allá de sencillez de esta definición, el término funcionario público especifica su significación de acuerdo a la disposición en la que en concreto sea utilizada en el Código Penal, y de la mano de múltiples disposiciones nacionales o locales que reglamentan el ejercicio de las funciones públicas, las obligaciones que de ellas emergen y las responsabilidades consecuentes. Efectuada esta advertencia, conviene entonces repasar el estado de la cuestión en la doctrina nacional, en la jurisprudencia y en la legislación.

En el ámbito de la doctrina penalista, una primera corriente es la liderada por Núñez, quien sostiene que lo que caracteriza al funcionario público es el ejercicio de funciones públicas, posibilidad ésta derivada de la delegación hecha por el Estado en una persona de la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público<sup>14</sup>.

Una segunda corriente –emparentada en la faz administrativa con lo manifestado por Gordillo- es seguida por Ramos Mejía, quien afirma que “...*el término “funcionario público” debe entenderse en el sentido admitido por el Código Penal, coincida o no con el alcance que pueda tener la expresión en el derecho administrativo. Tal sistema, de introducir en la ley la definición de algunos términos que pueden prestarse a equívocos o dudas, arranca en nuestro*

---

<sup>13</sup> Tal es el caso del art. 1112 del Código Civil, que establece: “*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*”. Asimismo, el codificador civil en la nota de la norma mencionada comprende también a los jueces y oficiales del Ministerio Público, a los párrocos en los actos del estado civil, a los conservadores de los registros de hipotecas, a los escribanos, procuradores y a todos los empleados de la administración del Estado. Como se puede advertir, mientras el artículo utiliza el término funcionario, la nota habla de los demás empleados, aplicando también a ellos la disposición del artículo, por cuanto, en la aplicación de la responsabilidad civil, no se hace distinción alguna entre funcionario y empleado. (Cf. DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la administración pública*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 24).

<sup>14</sup> Núñez piensa que el art. 77 del Código Penal no ha equiparado los conceptos de funcionario público y de empleado público, considerado éste último desde el punto de vista del Derecho administrativo. Explica que, administrativamente, el empleado público no es un participante en el ejercicio de las funciones públicas, sino una persona que por designación de autoridad competente, presta en forma permanente un servicio vinculado al ejercicio de una función pública. Como se ve, el autor puso el énfasis distintivo en el ejercicio de funciones públicas, sea que el que las ejerce sea llamado funcionario o empleado. Asimismo, entiende que una persona participa del ejercicio de funciones públicas si el Estado ha delegado en ella, de jure o de facto, de modo exclusivo o en participación con otras, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de cualquiera de los tres poderes de gobierno nacional, provincial o municipal, para realizar un fin público. (Ver NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, (2ª ed.), Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, t. V, vol. II, p. 18; ídem “*El significado del concepto de funcionario público en el Código Penal*”, JA, t. 1950, p. 544, secc. Doctrina).

*Derecho penal del Proyecto de 1891, inspirado a tal efecto en el Código holandés, y ha pasado así, a través del Proyecto de 1906, al Código vigente...*<sup>15</sup>

En la misma postura se encuentra Soler<sup>16</sup>, quien interpreta que el término de funcionario público es el previsto por el Código Penal, aclarando que el concepto está fijado en el art. 77 pero con las excepciones que la propia ley trae<sup>17</sup>.

Una tercera línea argumental parecería seguir Creus, quien define al funcionario público otorgándole el siguiente alcance: *“...el objeto de protección es la regularidad y eficacia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la función pública en su sentido propio, es decir de la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente a/y sobre los administrados, como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración”*<sup>18</sup>.

En el ámbito de la jurisprudencia penal, las corrientes antes reseñadas han encontrado reflejo en nuestros tribunales, sentándose sobre la cuestión bajo análisis el principio que paso a reseñar:

*“Es funcionario público quien participa eficientemente en el ejercicio efectivo de la función pública en virtud de haber recibido por delegación, aunque sea en forma accidental, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público”*<sup>19</sup>.

Esta doctrina ha sido reiterada en numerosos fallos donde se consideró inmerso en el concepto de funcionario público: al empleado de una empresa telefónica<sup>20</sup>, a los agentes de policía en extraña jurisdicción<sup>21</sup>, a los oficiales de policía<sup>22</sup>, al particular aprehensor<sup>23</sup>, a un

---

<sup>15</sup> RAMOS MEJIA, Enrique, *El delito de concusión*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 54.

<sup>16</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, (4ª ed.), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978, t. V, p. 122.

<sup>17</sup> En tal sentido, señala De la Rúa, que Soler no explica el art. 77 en su análisis de la parte general del Código Penal, sino que remite a esta regla en el tratamiento de las figuras penales de la parte especial (Ver DE LA RUA, Jorge, *Código Penal argentino*, (2ª ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 891).

<sup>18</sup> CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, (2ª ed.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, t. II, p. 243.

<sup>19</sup> Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 18-9-98, *“Moyano, María Cristina del Valle y otro s/ procesamiento”*, Causa N° 30.010, Reg. N° 787, J. 11, S. 21. En igual sentido se pronunció la Sala II el 29-5-96 en los autos *“Testimonio de apelación del dictado de falta de mérito en relación a Félix Alberto Nicolini y otros en el Expediente N° 495”* (Causa N° 12.180, Reg. N° 13.177, J. 8, S.16); y el 22-5-97 en el expediente caratulado *“Tedesco Balut y Otros s/ Procesamientos”* (Causa N° 12.728, Reg. N° 14.223, J. 19, S. 17).

<sup>20</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 4-10-95, *“Basso, Carlos Alberto”*, Causa N° 44.227.

<sup>21</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, 5-4-94, *“Andrada, Nicolás A. y otros”*, Causa N° 1.463.

<sup>22</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 3-2-81, *“Saullo, Dante P.”*, Causa N° 24.007; ídem: Sala VII, 27-10-82, *“Palavecino, Roberto A.”*, Causa N° 2.428.

jefe de división de F.F.C.C.A.A.<sup>24</sup>, a un martillero<sup>25</sup>, a un inspector de la D.G.I.<sup>26</sup>, a una empleada de la D.G.I.<sup>27</sup>, a un agente de servicio público<sup>28</sup>, al síndico de un proceso concursal<sup>29</sup>, al ayudante de firma por tesorero a cargo de la tesorería de una sucursal del Banco de la Nación Argentina<sup>30</sup>, a los directores de la Comisión Mixta Argentino-Paraguaya Río Paraná<sup>31</sup>, a un funcionario de ENCOTESA<sup>32</sup>, entre otros<sup>33</sup>.

En cambio, se ha negado esa calidad: al abogado que presta asistencia a un síndico<sup>34</sup>, a un escribano de registro<sup>35</sup>, al secretario privado del Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas<sup>36</sup>, a un empleado de Aerolíneas Argentinas<sup>37</sup>, al empleado de un Juzgado<sup>38</sup>, al

---

<sup>23</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 29-5-87, "*D'Agosto*", Causa N° 14.805; ídem: Sala II, 3-7-90, "*Perafan, Juan Carlos*", Causa N° 37.921.

<sup>24</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 23-12-77, "*Romero, O.*", Causa N° 9.401.

<sup>25</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, 3-12-90, "*Lurje, Ricardo*", Causa N° 14.217.

<sup>26</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°3 de Capital Federal, 27-12-94, "*Schuttenberg, F.*", Causa N° 56/94; ídem: Sala VII, 19-5-83, "*Ojoli, Julio*", Causa N° 2.675.

<sup>27</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 2-3-94, "*Gisen de Jait, G.*", Causa N° 43.791.

<sup>28</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala III, 16-12-79, "*Alvez de Lima, Ana*", Causa N° 12.451.

<sup>29</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 18-3-94, "*Robbiano, E.*", Causa N° 31.919.

<sup>30</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II, 19-9-00, "*Martínez, J.O.*", Causa N° 16.695, Reg. N° 17.980, J. 7, S. 14.

<sup>31</sup> Pese a haber sido nombrados indirectamente por los Estados contratantes a través de sus delegados, en razón de que los fondos que manejaba la mencionada entidad binacional también eran públicos. Cf. fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 8-2-00, "*Incidente de excusación de falta de acción de Martínez Adalid, J.*", Causa N° 16.059, Reg. N° 17.221, J.8, S.16.

<sup>32</sup> Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II, 29-5-96, "*Testimonio de apelación del dictado de falta de mérito en relación a Félix Alberto Nicolini y otros en el Expediente N° 495*", Causa N° 12.180, Reg. N° 13.177, J. 8, S.16. El Tribunal sostuvo que no constituía un obstáculo para incluirlo en el art. 77 del Código Penal a un funcionario de ENCOTESA el hecho de que ésta fuera una Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, o que las relaciones con su personal se rigieran por la Ley de Contrato de Trabajo, convenciones colectivas u otra legislación laboral, porque lo que el Derecho Penal tutela es el normal desenvolvimiento de la Administración Pública.

<sup>33</sup> Asimismo, se han considerado funcionarios públicos al guardián municipal o al de la cárcel; al agente de tránsito; al oficial de justicia; a gerentes, directores o tesoreros de una repartición o de una entidad pública. Todos ellos citados por Soler de la rica casuística verificada en la jurisprudencia de los Tribunales: Cf. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, (4ª ed.), cit., p. 122 y ss.

<sup>34</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 8-9-83, "*Moschela, R.*", Causa Nro. 9.693.

<sup>35</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala III, 12-11-85, "*Cano, C.*", Causa N° 19.625.

<sup>36</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, 24-4-92, "*Molina, Fernando*".

<sup>37</sup> Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala III, 15-9-78, "*Linares, P.*".

<sup>38</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala II, 16-6-91, "*Dumanjo, Ricardo J.*", Causa N° 40.172, con disidencia del Dr. Giúdice Bravo.

empleado administrativo del Banco de la Nación Argentina<sup>39</sup>, al cartero de ENCOTESA<sup>40</sup>, al auxiliar superior de 7ª de la Subsecretaría de Administración del Poder Judicial de la Nación<sup>41</sup>, etc<sup>42</sup>.

Finalmente, desde el hontanar legislativo, por su especial relevancia, conviene efectuar un breve análisis de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188<sup>43</sup> y de la Convención Interamericana Contra la Corrupción aprobada por la Ley 24.759<sup>44</sup>, contenedoras ambas, de apreciaciones sobre los caracteres que debe revestir un funcionario público para ser tenido como tal.

El art. 1 de la Ley 28.188 contiene acerca del tema que no ocupa, las siguientes precisiones:

- a) *La presente ley (...) establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.*
- b) *Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.*

Por su parte, el art. I del Anexo I de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, con jerarquía suprallegal a tenor de lo normado por el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, dispone, en lo que aquí interesa, que: *Para los fines de la presente Convención, se entiende por:*

---

<sup>39</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, 4-6-85, “*Traverso Laclau, J.L.*”, Causa N° 29.027.

<sup>40</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de Capital Federal, 1-9-95, “*Camarich, G.E.*”, Causa N° 70.

<sup>41</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Capital Federal, 17-6-94, “*Rojas, A.L.*”, Causa N° 21.

<sup>42</sup> Se ha negado también la condición de funcionario público por considerarlos simples empleados en el sentido del Derecho administrativo, al ordenanza de una repartición pública, al peón de la ex Obras Sanitarias y a todos los que en una administración fiscal sólo se limitan a examinar documentación, realizar o verificar operaciones de cálculo, inscribir, redactar documentación interna, etc. Citados por SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, (4ª ed.), cit., p. 122 y ss.

<sup>43</sup> Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188 (B.O. 1-11-99). La autoridad de aplicación es la Oficina Anticorrupción encargada de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por ley 24.759 (según Decr. 102/99, BO 29/12/99).

<sup>44</sup> Convención Interamericana Contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759 (B.O. 17-1-97):

- a) *“Función pública”*: toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- b) *“Funcionario público”, “Oficial gubernamental” o “Servidor público”*: cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

En definitiva, la expresión funcionario público muestra como pocas la complejidad de los ordenamientos jurídicos, y los procesos de significación de los términos, que se acomodan poco a las imágenes piramidales que de ellos poseemos, y a las definiciones únicas e incontrovertibles con las que pretendemos acotar los problemas que presentan.

No obstante ello, podemos afirmar que el concepto de funcionario público es funcional, tal como se concibe en las fuentes normativas inmediatamente reseñadas. Asimismo, la persona objeto de la imputación penal debe ser un sujeto adscripto, que cobre un sueldo y que ocupe un lugar en la administración pública en virtud de una relación de profesionalidad. Por último, deberá analizarse en cada caso concreto, si el sujeto, por su cercanía al bien jurídico protegido en el tipo penal, tiene capacidad funcional para afectarlo. Es decir, si en su relación con el bien jurídico, la persona se encuentra obligada a su cuidado y, por ende, en virtud de esa relación directa, puede lesionarlo, afectarlo o violarlo. De esta manera, poco importa si la persona es funcionario o empleado, sino que, si por su posición y sus deberes puede afectar directamente al bien jurídico protegido por las normas en cuestión.

#### ***IV. Los delitos en que el funcionario público es sujeto activo o pasivo. Particulares equiparados.***

Para relacionar las figuras delictivas con los funcionarios públicos es posible discriminar subconjuntos de delitos, según que se refieran a sujetos activos –u otros sujetos- que deban necesariamente ser funcionarios públicos, o que la condición de sujeto activo o

pasivo<sup>45</sup> sea meramente eventual, ya que liminarmente cualquier ilícito puede ser cometido por un funcionario público, y cualquier funcionario público puede llegar a ser víctima de cierta clase de delitos.

In limine debe ensayarse un ordenamiento de los tipos penales vigentes, ya que existen delitos en los que el funcionario público es un protagonista indispensable, como autor, o en alguna otra condición. Tipos éstos, que en los últimos años han sufrido un doble impacto: por un lado se derogaron delitos como el desacato<sup>46</sup> –que protegía el honor de los funcionarios –y por otro, se han modificado e incriminado otros por la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública<sup>47</sup>.

Finalmente, los homicidios han sido agravados hasta la prisión o reclusión perpetuas cuando se cometieren sobre *“un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición”*<sup>48</sup>.

Dentro del conjunto de delitos en los que un funcionario público es sujeto activo, pueden aún efectuarse distinciones. Así, algunos tipos mencionan como sujetos activos a funcionarios públicos en forma genérica; en tanto otros, por el contrario, requieren alguna clase especial de funcionario público como sujeto activo<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Las figuras delictivas con sujeto pasivo necesariamente funcionario público normadas en el Código Penal, son las siguientes: atentado a la autoridad (art. 237); resistencia o desobediencia (art. 239); perturbación del ejercicio de funciones públicas (art. 241); homicidio en los que las víctimas son miembros de la policía y fuerzas de seguridad (art. 80 inc. 8); cohecho activo (art. 258, en relación a los arts. 256, 256 bis y 257). Asimismo, la ley 24.192 de Espectáculos Deportivos en su art. 6 contempla el delito de resistencia o desobediencia a un funcionario público encargado de la tutela del orden o a quien le prestare asistencia en el ámbito de aplicación de la ley.

<sup>46</sup> El delito de desacato estaba incriminado en el art. 244 del Código Penal, que fue derogado por la ley 24.198 (BO 3/6/93).

<sup>47</sup> Ley 25.188 (B.O. 1/11/99. Ver cita N° 43).

<sup>48</sup> Cf. art. 80, inc. 8, Código Penal, incorporado por ley 25.601, BO 11/6/02.

<sup>49</sup> Los delitos normados en el Código Penal que poseen clases de funcionarios públicos como sujetos activos, son las siguientes: oficial público en el delito de matrimonios ilegales (art. 134); empleado de correos o telégrafos en el delito de violación de secretos (art. 154); jefe de prisión o el que lo reemplace en el delito de recepción indebida en establecimientos destinados al cumplimiento de penas (art. 143 inc. 4); alcaide o empleado de cárceles en el delito de recepción indebida en establecimientos de detención (art. 143 inc. 5); miembros del Congreso Nacional y legislaturas provinciales en el delito de concesión de la suma del Poder Público (art. 227); miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o provincial en el delito de consentir la consumación de atentados contra el orden constitucional (art. 227 bis); miembros de las fuerzas armadas en los delitos de sedición, seducción de tropas y usurpación de mando (arts. 230 y 234); jefes y agentes de la fuerza pública que usan y ostentan materiales ofensivos provistos en razón de la función en el delito de uso y ostentación de materiales ofensivos en una rebelión o sedición (art. 235); jefe o agente de fuerza pública que no prestare auxilio a autoridad civil competente en el delito de denegación de auxilio (art. 250); magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público en el delito de cohecho pasivo (art. 257); juez en el delito de prevaricato (art. 269); juez en el delito de prevaricato con prisión preventiva ilegal (art. 270), fiscales, asesores y demás funcionarios encargados

Asimismo, la condición de funcionario público asume una doble condición dentro de las figuras delictivas en las que es actor esencial como sujeto punible: en algunos casos su presencia es indispensable como requisito del tipo penal en ciertas figuras básicas<sup>50</sup> (v.gr.: incumplimiento de los deberes de funcionario público), y en otras, es tomada para construir

---

de emitir dictamen en el delito de prevaricato (arts. 272, 270); juez en el delito de denegación y retardo de justicia (art. 273); director o administrador de un banco o una compañía en el delito de emisión ilegal (art. 287).

En las leyes especiales podemos citar algunos ejemplos que aluden a cierta clase de funcionarios públicos: oficiales del Registro Civil en el delito de autorizar matrimonio sin exigir los certificados requeridos (art. 16 de la ley 12.331 de Profilaxis Antivenérea); funcionario o empleado del servicio aduanero o integrante de las fuerzas de seguridad con función de autoridad y prevención de delitos aduaneros en los delitos de contrabando, contrabando de estupefacientes, uso indebido de documentos (arts. 865 inc. c, 866, 868 inc. a de la ley 22.415 de Delitos Aduaneros); funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos previstos en la ley, o funcionario encargado de la guarda de presos y en perjuicio de éstos en el delito de producción, comercialización y otras actividades ilícitas vinculadas a estupefacientes (art. 11 inc. d de la ley 23.737 de Estupefacientes); funcionario público dependiente de la autoridad sanitaria con responsabilidad funcional sobre el control de la comercialización de estupefacientes en el delito de incumplimiento culposo de reglamentos u omisiones de cumplir órdenes (art. 23 de la ley 23.737 de Estupefacientes); oficial público, funcionarios públicos vinculados al área de sanidad en el delito de incumplimiento de obligaciones y actos vinculados al comercio de órganos (arts. 31 y 34 de la ley 24.193 de Trasplante de órganos); encargado de registro en el delito de expedir certificados falsos (art. 46 del Decreto Ley 15.348/46 t.o. decr. 897/95 de Prenda).

<sup>50</sup> Dentro de las figuras delictivas descriptas en el Código Penal con sujeto activo necesariamente funcionario público que aparecen en figuras básicas se encuentran: Violación de la prohibición de informar antecedentes penales (Arts. 51 y 157); retención indebida en detención o prisión (art. 143 inc. 1); prolongación indebida de la detención (art. 143 inc. 2); incomunicación indebida (art. 143 inc. 3), omisión de hacer cesar detenciones ilegales (art. 143 inc. 6); privación abusiva de libertad, severidades, apremios y vejaciones sobre detenidos, vejaciones y apremios ilegales contra cualquier persona (art. 144 bis); tortura y otros tormentos físicos y psíquicos (art. 144 tercero); omisión de evitar o denunciar torturas (art. 144 cuarto); torturas posibilitadas por negligencia (art. 144 quinto); allanamiento ilegal (art. 151); revelación de secretos (art. 157); traición (art. 214); sometimiento de la Nación, menoscabo de su independencia o integridad, inducción a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República (art. 215); conspiración para la traición (art. 216); traición a una potencia aliada de la República contra un enemigo común (art. 218); infidelidad diplomática (art. 225); infracción al deber de resistencia a una rebelión o sedición (art. 235); violación de fueros (art. 242); asunción arbitraria de las funciones ajenas (art. 246 inc. 3); incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248); omisión o retardo de actos de oficio (art. 249); requerimiento de fuerza pública contra la ejecución de actos legítimos de autoridad (art. 251); abandono del cargo (art. 252); proposición, nombramiento y aceptación ilegal de cargo público (art. 253); violación culposa de sellos (art. 254); cohecho (art. 256); valimento de influencia en el cohecho (art. 256 bis); cohecho internacional (art. 258 bis); admisión de dádivas (art. 259); malversación de caudales públicos (art. 260); peculado (art. 261); malversación culposa (art. 262); demora injustificada de pagos y negativa a entregar bienes (art. 264); negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265); exacciones ilegales (arts. 266, 267 y 268); utilización de informaciones y datos reservados (art. 268 (1)); enriquecimiento ilícito (art. 268 (2)); omisión de presentar y falsedad de declaración jurada (art. 268 (3)); omisión de persecución y represión de delincuentes (art. 274) y fabricación y emisión ilegal de moneda, títulos, cédulas, billetes al portador con título o peso inferiores a la ley (art. 287).

Asimismo, las leyes complementarias al Código Penal ofrecen los siguientes ejemplos: infracciones referentes a la identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional (arts. 31 y 32, ley 17.671); negativa o demora en la acción de amparo, no concurrencia o abandono de funciones electorales (arts. 129, 132 y 133 del Código Electoral Nacional ley 19.945); revelar datos relativos a la identidad de testigos encubiertos (art. 31 ley 23.737 de Estupefacientes).

figuras agravadas<sup>51</sup> por esa circunstancia (v.gr.: la violación de sellos prevista en el art. 254 del Código Penal).

Al repasar el catálogo de delitos de la Parte Especial del Código Penal, encontramos que no sólo se castiga al funcionario público que incurre en conductas ilícitas, sino que incluso se protege la función pública por medio de numerosas disposiciones que contemplan figuras que la tutelan contra el acceso indebido a la misma (v.gr.: arts. 253, 246 inc. 1 del Código Penal), otras que reprimen la indebida permanencia en el cargo público (v.gr.: art. 246 incs. 2 y 3), o el alejamiento del cargo (art. 252), y otras que contemplan una variada gama de delitos que se configuran en el desempeño del cargo.

Asimismo, como antes lo apuntáramos en el párrafo precedente, los particulares o ciertos particulares son equiparados por la ley en ciertos delitos a los funcionarios públicos, ya sea como sujetos activos o pasivos.

Sin embargo tal equiparación no agota la intervención de los particulares en los tipos delictivos en estudio. En efecto, ciertas figuras prevén otras posibilidades de intervención de particulares.

En primer término, en varios delitos atribuibles a funcionarios públicos se describe la actuación de particulares, pudiendo incluso establecer su castigo. De este modo, en delitos como el cohecho<sup>52</sup>, el tráfico de influencias<sup>53</sup>, las exacciones ilegales<sup>54</sup>, el enriquecimiento

---

<sup>51</sup> Dentro de las figuras delictivas descriptas en el Código Penal con sujeto activo necesariamente funcionario público que aparecen en figuras agravadas por la función, se contemplan las siguientes: intermediación prohibida (arts. 139 bis, 138 y 139); defraudaciones agravadas. Fraude con materiales de construcción y en perjuicio de la Administración Pública (arts. 174 in fine, 174 incs. 4 y 5); delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas (arts. 207, 200, 201, 202, 203, 204, 204 bis, 204 ter, 204 quater, 205 y 206); asociación ilícita agravada (art. 210 bis incs. F y h); delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (art. 235, párr. 1); atentado a la autoridad (art. 238); violación de sellos (art. 254); encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo (arts. 279 inc. 3, 277 inc. 1 y 2 y 278 inc. 1); favorecimiento de evasión de un detenido o condenado (art. 281, párr. 2); falsificación de sellos, timbres y marcas (arts. 291, 288, 289 y 290); falsificación de documentos en general (art. 298, 292, 293, 294, 295, 296 y 297).

En las leyes especiales este conjunto de delitos se puede ver en las siguientes figuras delictivas: contrabando, contrabando de estupefacientes, encubrimiento de contrabando (arts. 865 inc. b, 866 y 874 inc. 3 c de la ley 22.417 de Delitos Aduaneros); intermediación comercial o lucrativa de sangre humana, componentes y derivados (art. 94 de la ley 22.990 de Sangre); agravamiento de pena para todos los delitos de la ley tales como incumplimiento de las prestaciones, delitos contra un fondo de jubilaciones y pensiones, contra el deber de información (arts. 145 y 146 de la ley 24.241 de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones); agravamiento si en ejercicio o en ocasión de sus funciones toma parte de los delitos previstos en la ley (art. 13 de la ley 24.769 de Régimen Penal Tributario).

<sup>52</sup> Cf. art. 256 del Código Penal.

<sup>53</sup> Cf. art. 256 bis del Código Penal.

<sup>54</sup> Cf. art. 266 del Código Penal.

ilícito<sup>55</sup>, se prevé la posibilidad de la recepción de una dádiva a través de *persona interpuesta* que puede o no ser un funcionario público. En estos tipos delictivos la ley penal nada dice sobre la punibilidad de esas personas, sin embargo resulta posible que las mismas sean sujetos de imputación si se han desempeñado como partícipes en dichos delitos<sup>56</sup>.

En otras oportunidades, los hechos delictivos atribuibles a los funcionarios públicos aluden al *beneficio de un tercero* o al *provecho de un tercero*, como en la malversación de caudales públicos<sup>57</sup>, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas<sup>58</sup>, o el empleo de informaciones o datos reservados<sup>59</sup>. También en estos casos, pese a que no se encuentra prevista la punibilidad del tercero será pasible de pena si fuese partícipe del hecho o encubridor del mismo.

Por el contrario, en otros tipos penales el particular es claramente caracterizado como sujeto punible. Tal es el supuesto de quien presentare u ofreciere una dádiva a un funcionario público<sup>60</sup>, o quien actúe como persona interpuesta en un enriquecimiento ilícito<sup>61</sup>.

#### ***V.- Eximentes relacionados con la función pública. La obediencia debida.***

La importancia de la función pública en el análisis de las justificantes y exculpantes de la pena aplicar, presenta un interés gravitante cuando se trata de explicitar el instituto de la obediencia debida normado en el art. 34, inc. 5 del Código Penal<sup>62</sup>.

Quizá sea este punto uno de los más objetados en torno a fijar la responsabilidad penal de los funcionarios y por ello gran parte del debate doctrinario se ha centrado en determinar el

---

<sup>55</sup> Cf. art. 268, inc. 2, párr. 1 del Código Penal.

<sup>56</sup> Para lo cual se requiere que exista entre esa persona y el funcionario un acuerdo de voluntades, una “convergencia intencional”, de conformidad con el art. 45 del Código Penal. Las reglas sobre participación criminal permiten, entonces, la punibilidad de particulares o de otros funcionarios públicos, si han actuado como instigadores, coautores, partícipes necesarios (art. 45), partícipes secundarios, auxiliadores (art. 46). Asimismo, los particulares pueden ser castigados en delitos cometidos por funcionarios públicos si han actuado como encubridores o lavadores de activos (arts. 277, 278 y 279 del Código Penal).

<sup>57</sup> Cf. art. 261, párr. 2 del Código Penal.

<sup>58</sup> Cf. art. 265 del Código Penal.

<sup>59</sup> Cf. art. 268 (1) del Código Penal.

<sup>60</sup> Cf. art. 259, párr. 2 del Código Penal.

<sup>61</sup> Cf. art. 268 (2), párr. 3 del Código Penal.

<sup>62</sup> En efecto, tanto en la obediencia debida (art. 34 inc. 5 del Código Penal) como en el legítimo ejercicio del deber, o el de una autoridad, o el de un cargo (art. 34 inc. 4 del Código Penal) la función o el empleo público cobran una especial importancia.

lugar sistemático que ocupa la obediencia debida en la teoría del delito<sup>63</sup>. Señalada como excluyente de la acción<sup>64</sup>, como causa de justificación en cuanto implica el cumplimiento de un deber<sup>65</sup>, o presentada como causa de inculpabilidad y, dentro de esta categoría, como una variante de la coacción o una especie de error, en la controversia se ha perdido de vista que la complejidad de las conductas, situaciones y fenómenos que pretendidamente cubre la obediencia debida no admiten un encasillamiento *a priori* y excluyente.

Aún cuando existen autores que niegan autonomía a la eximente de la obediencia debida<sup>66</sup>, entendemos que no puede discutirse la conveniencia teórica y práctica de mantener la unidad de estudio, tratamiento y solución de los problemas que se plantean en torno a este instituto, y que se vinculan básicamente con la responsabilidad que es dable atribuir a los subordinados que, dentro de un régimen jerárquico y en cumplimiento de órdenes regulares, provenientes de un superior habilitado para impartirlas, cometen un delito.

En concreto, la problemática se desarrolla en derredor del grado de sujeción y constreñimiento a que el agente se ve sometido por la sola circunstancia de pertenecer a una

---

<sup>63</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1980, t. IV, p. 284.

<sup>64</sup> Hay acuerdo en sostener que la obediencia debida cuando la orden es legal, debe ser considerada excluyente de la antijuridicidad de un acto, no obstante también se la ha considerado como causa de exclusión de la acción, cuando la orden no es revisable por el subordinado, o de la culpabilidad. Para un panorama global de estas interpretaciones ver DE LA RUA, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, cit., p. 561 y ss.

<sup>65</sup> Roxin sostiene: “*Conforme a una extendida opinión, tan sólo concurre una exculpación del funcionario o soldado ejecutor. Esta postura se apoya fundamentalmente en el argumento de que una orden antijurídica, aunque sea vinculante, no puede transformar el injusto en un acto conforme a derecho y que un superior no puede realizar de modo admisible algo que él mismo no debe hacer, ordenándolo a un subordinado. La posición contraria, que afirma que el destinatario de la orden obligado a obedecerla está justificado, se basa en el argumento de que no puede ser que se obligue al funcionario a llevar a cabo una orden, es decir, que se le atribuya carácter vinculante a la orden, y al mismo tiempo se considere ese actuar conforme a deber, como antijurídico, exponiendo al funcionario a los efectos de la legítima defensa...Es cierto que la orden vinculante antijurídica constituye para el subordinado una causa de justificación. Cuando una orden vincular excepcionalmente es antijurídica, concurre en tal situación en la persona del subordinado un estado de necesidad, concretamente un caso de estado de necesidad justificante*”. Posteriormente aclara: “*En la mayoría de los casos suele hablarse de colisión de deberes, pero ello no es del todo correcto, puesto que se produce una colisión entre un deber de actuar y un deber de omitir, lo que suele considerarse que es un problema de estado de necesidad...lo que sucede es que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas...donde se prefiere el interés en la obediencia del funcionario y del soldado frente al interés de evitar el injusto cuando se trata de infracciones mínimas –pues se trata tan sólo de infracciones administrativas, de contravenciones al ordenamiento jurídico-civil y de otras infracciones del derecho de la función pública-. En el caso de infracciones más graves, por ejemplo, hechos delictivos o acciones que son contrarias a la dignidad humana, la ponderación legal es exactamente inversa, y todos los intervinientes son punibles*”. (Cf. ROXIN, Claus, “*Otras causas de justificación y exculpación*”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 4, n° 8-A, p. 20 y ss. )

<sup>66</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado...*, cit., t. IV, ps. 274 y 284, quien llega a proponer su supresión. Para Fierro “*es una coacción especial que funciona como causa de inculpabilidad plenamente autónoma y que, a diferencia de la coacción simple, no requiere ser acreditada, sino que se presume*”. (Cf. FIERRO, Guillermo J., “*Naturaleza jurídico penal de la obediencia debida*”, Cuadernos de Institutos, ps. 55-64).

organización o estructura jerárquica dada, el régimen disciplinario impuesto por la regulación respectiva y el correlativo estrechamiento del ámbito de determinación de aquél, la admisibilidad o rechazo de la posible existencia en el ordenamiento jurídico de órdenes ilegítimas de cumplimiento obligatorio, los requisitos de la orden, poder de inspección de ella por el subordinado<sup>67</sup> y los límites fuera de los cuales no debe éste prestar obediencia.

A partir de lo expresado se pueden edificar los principios que hacen al instituto en estudio:

**a) Relación jerárquica, régimen disciplinario y ámbito de autodeterminación.**

La relación jerárquica debe ser estatal quedando excluida la obediencia privada. El régimen disciplinario debe hallarse impregnado de cierta rigurosidad que reste capacidad decisoria al subordinado y lo predisponga para acatar casi automáticamente las órdenes que se le imparten.

En el ámbito de las relaciones jerárquicas del área funcional civil<sup>68</sup>, el destinatario de la orden conserva, por lo común, un grado de autodeterminación que le posibilita negarse de plano a realizar actos que presuma, crea o intuya puedan ser contrarios a la Constitución o a las leyes, y aún más, la ley lo conmina a ello (art. 248 del Código Penal)<sup>69</sup>. Sólo podrá en este

---

<sup>67</sup> Zaffaroni al respecto sostiene que muchas veces –como ocurre en el campo administrativo–, el inferior tiene el deber de revisar las órdenes que se le imparten, como parte de un control mutuo de legalidad, pero señala que en otras –como acontece en el derecho militar– predomina el deber de ejecutar la orden. (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado...*, cit., t. IV, p. 282.

<sup>68</sup> La ley 13.168 de Violencia Laboral sancionada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires (B.O. 24/2/2004) estatuye normas tuitivas del subordinado. Así el art. 1 prescribe: “*Los funcionarios y/o empleados de la Provincia, no podrán ejercer sobre otros las conductas que esta Ley define como violencia laboral.*” El art. 2 señala: “*A los efectos de la aplicación de la presente Ley se entiende por violencia laboral el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que valiéndose de su posición jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función incurran en conductas que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadora, manifestando un abuso de poder llevado a cabo mediante amenaza, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, acoso, maltrato físico, psicológico y/o social.*”

<sup>69</sup> La ley 10.430 Estatuto y escalafón del personal de la Administración Pública de la Provincia establece en el art. 78 referido a los Deberes “*...Sin perjuicio de lo que particularmente impongan las leyes, derechos, resoluciones y disposiciones, los agentes deben cumplir estricta e ineludiblemente las siguientes obligaciones: (...) b) Obedecer las órdenes de su superior jerárquico con jurisdicción y competencia cuando éstas se refieran al servicio y por actos del mismo y respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentación vigentes. Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá.*”

Por su parte, la ley 11.757 para el personal de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, establece una normativa similar estatuyendo en el art. 59, inc. b lo siguiente: “*Sin perjuicio de lo que particularmente impongan las leyes, ordenanzas, decretos, resoluciones y disposiciones, los agentes deben cumplir estricta e ineludiblemente las siguientes obligaciones (...) b. Obedecer las órdenes del superior*

caso excusarse con fundamento en el error o en la ignorancia acerca de la ilegitimidad de la orden ejecutada.

En cambio, la situación resulta diferente en el ámbito militar, pues su disciplina condiciona en grado sumo las posibilidades de evaluar el contenido de las órdenes que se imparten.

#### **b) Facultad, deber y posibilidad de examen de la órdenes.**

Determinar el alcance de las atribuciones de inspección de la orden conferida a los subordinados, por el contexto normativo de que se trate, es de crucial importancia para dilucidar en concreto la operatividad de la eximente de la obediencia debida.

En razón de verdad, todo subordinado –sea en el ámbito funcional civil o militar- tiene el deber de revisar los aspectos extrínsecos de las órdenes que ha de cumplir, esto es: que emane de quien ejerce la autoridad directa sobre él; si ella guarda relación con el género de funciones de su competencia, y si está revestida de las formas legales pertinentes. Pero en cuanto al contenido de la orden, mientras algunos regímenes consagran el deber de inspeccionar su contenido –como parte de un control de legalidad<sup>70</sup>- o al establecer un régimen de libertad reglamentada (ámbito funcional civil) conceden la posibilidad cierta de hacerlo, otros cuerpos normativos vedan expresamente tal examen. Así ocurre, por ejemplo, con el ordenamiento militar vernáculo<sup>71</sup>.

#### **c) Órdenes ilegítimas de cumplimiento necesario. Prevalencia del deber de obediencia.**

No es aceptado, en términos generales, que el orden jurídico pueda imponer la ejecución de actos ilícitos. Sin embargo, en ciertos casos, el derecho hace prevalecer el deber

---

*jerárquico, siempre que sean propias del servicio, y no manifestamente ilícitas. Cuestionada una orden, la insistencia en ello deberá formularse por escrito."*

<sup>70</sup> DE LA RUA, Jorge, *Código Penal argentino. Parte General*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1972, p. 438.

<sup>71</sup> La ley 23.049, art. 11, ha reformado el Código de Justicia Militar, expresando que: "*el art. 34, inc 5, del Código Penal deberá ser interpretado conforme a la regla del art. 514 del Código de Justicia Militar respecto de los hechos cometidos por el personal mencionado en el artículo anterior, que actuó sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes o directivas que correspondieran a planes aprobados o supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la junta militar. A ese efecto, podrá presumirse, salvo evidencia en contrario, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes*". (Ver: RAMAYO, Raúl A., "*Algo más sobre la obediencia debida*", L.L., 1986-C-735; IGOUNET (h), Oscar, "*La obediencia debida militar como causal de justificación*", L.L., 1986-D-817; MAGARIÑOS, Mario y SAENZ, Ricardo O., "*La obediencia jerárquica y la autoría mediata en la estructura militar*", L.L., 1986-E-1164 y PADILLA, Miguel M., "*Naturaleza de la ley 23.521*", L.L., 1987-D-1092.

de obediencia frente a la opinión que sobre su posible ilegitimidad pueda tener el subordinado<sup>72</sup>. Por ello, las órdenes cuya ejecución se le encomienda son –salvo criminalidad manifiesta- de cumplimiento obligatorio. El inferior no conoce qué información ha sido evaluada por el superior y desconoce los motivos que lo inducen a emitir la orden. De tal forma, el dominio del curso de los acontecimientos por el superior reduce a proporciones mínimas la posibilidad del subordinado de acceder a la licitud o ilicitud de la orden emitida, y sus conjeturas al respecto o aún su íntima convicción no lo eximen de cumplir lo ordenado<sup>73</sup>.

Compartimos el criterio de Soler cuando señala que el efecto que debe reconocerse a la obediencia debida está dado por el traslado de la relación imputativa, es decir, el desplazamiento de la acción, que será directamente imputable a quien impartió la orden ilegítima<sup>74</sup>.

Sin embargo, no debe incurrirse en el error de pensar que la regla general es la de excluir la acción sino que, por el contrario, el principio general está dado por el carácter excepcional que se reconoce a la obediencia debida en el ámbito penal, en base a que dentro del sistema republicano es indiscutible la primacía de la ley sobre las órdenes ilegítimas.

En tal sentido, como lo señala Bielsa<sup>75</sup>, la obediencia tiene límites racionales y no puede asegurar la impunidad del ejecutor de una orden cuyo cumplimiento importa la comisión de un delito.

No obstante ello, en excepcionales supuestos, el ordenamiento jurídico priva al subordinado de toda posibilidad de inspección de la orden, siendo precisamente en estos casos cuando se produce el desplazamiento de la culpabilidad<sup>76</sup>. Ello acontece, especialmente, cuando los fines que se persiguen son distintos de los comunes a toda administración pública<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> Conforme con la necesidad de distinguir el ámbito militar del civil, NUÑEZ, Ricardo C., “¿Se puede fundar en el error la impunidad por obediencia debida?”, *Doctrina Penal*, 1978-331.

<sup>73</sup> Tratándose de órdenes del servicio militar, ninguna reclamación dispensa la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden (art. 675, Código de Justicia Militar).

<sup>74</sup> Cf. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, (4ª ed.), cit., t. I, p. 278.

<sup>75</sup> BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 275.

<sup>76</sup> Encontramos un ejemplo significativo en la ley 23.737 de Estupefacientes que en su art. 31 *ter* establece que: “No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro...”

<sup>77</sup> Cf. FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 346, quien trae a colación el mantenimiento de la disciplina en las FF.AA. respecto de los actos de servicio. Por su parte SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., t. I, p. 277, sostiene que el error corriente es tomar como

En el caso de que el ejecutor de la orden hubiese estado facultado para examinar la legitimidad de la misma y, no obstante, no hubiera advertido su contenido ilícito, no podrá sostenerse que actuó dentro de los límites de la obediencia debida, sino que estamos ante una causal de inculpabilidad generada en un error esencial.

#### **d) Límites de la obediencia debida.**

El subordinado se enfrenta entonces, con que, por un lado, el ordenamiento jurídico no le permite invocar su juicio personal adverso al contenido de la orden y, por el otro, tampoco le admite una exculpación basada en la obediencia ciega; entonces, ¿cómo se puede compatibilizar su deber de obediencia con el deber –opuesto– de resistir o desobedecer ciertas órdenes? ¿Qué es lo que le permitirá distinguir el mandato ilícito de cumplimiento obligatorio, del mandato ilícito que debe incumplir? ¿Es que acaso conserva, en alguna limitada medida, el poder de examinar el contenido de las órdenes?

Existen hechos ilícitos que, por su específica crueldad e intrínseca inmoralidad, lesionan sentimientos elementales de humanidad. Su grosera delictuosidad los coloca, en cierta forma, algo aparte del resto de los delitos: son los hechos atroces y aberrantes<sup>78</sup> que no encuentran justificación ni en épocas de guerra. El inferior que recibe la orden de ejecutar uno de estos hechos no necesita gozar de ningún poder de revisión, ya que su evidente ilegitimidad lo exime de efectuar cualquier tipo de examen<sup>79</sup>.

---

ejemplo de máxima estrictez el anterior cundo más claro aparece ese orden si se toma al Poder Judicial con su organización escalonada y el complejo mecanismo de grados y recursos para revisar la legalidad de la sentencia.

<sup>78</sup> Esa característica *atrocitatis fascinoris* del hecho daría la pauta definitiva de distinción: de ahí en adelante no hay amparo en la obediencia debida. TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, t. 2, *Apéndice de actualización*), recuerda que esto coincide en otros términos con lo dicho por Pacheco: “*Los casos en que es permitida la desobediencia, saltan desde luego a la vista de todo el mundo: el sentir íntimo y la conciencia, sublevándose a pesar nuestro, nos los señalan*”.(Cf. PACHECO, Joaquín F., *El Código Penal comentado y concordado*, Ed. Manuel Tello, Madrid, 1888, t. I, p. 176). También alaba la concisión de Carrara: “*La orden del superior es una excusa legítima cuando ella indujo al agente a la creencia razonada de no delinquir. Cuando a pesar de la orden, el subalterno tuvo la conciencia de realizar un delito, no puede dejar de ser imputable*”.

<sup>79</sup> TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte general, cit.*, t. 2, *Apéndice de actualización*, y PACHECO, Joaquín F., *El Código Penal comentado y concordado, cit.*, t. I, p. 176.

Las leyes 23.049 (B.O. 29/12/86) y 23.521 (B.O. 9/6/87) reformaron el Código de Justicia Militar. La primera estableció, respecto del personal subalterno, una presunción *iuris tantum* (salvo evidencia en contrario) de error acerca de la legitimidad de las órdenes recibidas, pero excluyendo los hechos atroces y aberrantes. La segunda introdujo una presunción *iuris et de iure* (sin admitir prueba en contrario) de no punibilidad por haber obrado en virtud de obediencia debida; amplió el espectro de beneficiados, pero omitió excluir, como lo hacía la primera, los hechos atroces y aberrantes. Al extender su aplicación a los oficiales superiores prescribió que, si en el plazo de treinta días desde la promulgación de la ley no se resolvía judicialmente que éstos habían tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de la órdenes, se consideraría de pleno derecho que las personas

## ***VI.- El ejercicio, la suspensión y la extinción de las acciones penales.***

La condición de funcionario público resulta gravitante al momento de analizar el ejercicio, la suspensión y la extinción de las acciones penales como se verá seguidamente.

### ***VI.1.- Los antejuicios.***

Para determinados funcionarios públicos las constituciones exigen la realización de antejuicios como antesala imprescindible para la prosecución de la acción penal. De modo tal, que sin estos procesos previos se opera la suspensión del ejercicio de la acción penal y la posibilidad efectiva de realizar el juicio penal.

Seguidamente, el siguiente cuadro muestra un listado de esos antejuicios necesarios dispuestos en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires:

<b>Funcionario</b>	<b>Tipo de antejuicio</b>	<b>Organos intervinientes</b>	<b>Normas constitucionales</b>
Gobernador	Juicio político	Acusa: Cámara de Diputados. Resuelve: Cámara de Senadores	Arts. 73 y 74: Arts. 79 y 80
Vicegobernador	Idem	Idem	Idem
Ministro	Idem	Idem	Idem
Miembros de la Suprema Corte de	Idem	Idem	Idem

mencionadas habían obrado en estado de coerción, bajo subordinación a la autoridad superior. Esta última ley dio lugar a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitiera un discutible fallo admitiendo su constitucionalidad (CSJN, 30/12/86, L.L., 1987-A-535, y J.A., 1987-I-315). En la causa N° 17.8889 “*Incidente de apelación de Simón, Julio*”, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Capital Federal con fecha 9 de noviembre de 2001 confirmó la resolución del Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4, Gabriel Cavallo dictada el 6 de marzo de 2001 (causa N° 8686/2000), en cuanto declaró inválidos e inconstitucionales los arts. 1 de la ley 23.492 –de “punto final”- y 1, 3 y 4 de la ley 23.521 –de “obediencia debida”- señalando la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Asimismo, el Congreso por ley 24.952 de fecha 17/4/98 derogó ambas normativas y posteriormente las declaró insanablemente nulas por ley 25.779 con fecha 3/9/2003.

Justicia			
Procurador	Juicio político	Acusa: Cámara de Diputados. Resuelve: Cámara de Senadores	Arts. 73 y 74 79 y 80
Subprocurador	Idem	Idem	Idem
Fiscal de Estado	Idem	Idem	Idem
Magistrados de tribunales inferiores. Miembros del Ministerio Público. Asesores de incapaces. Defensores de pobres y ausentes. Fiscales	Jury de enjuiciamiento	Acusa: Consejo de la Magistratura. Resuelve: Jury de enjuiciamiento.	Arts. 176, 182 a 188 Ley 8.085: Jury de enjuiciamiento (4621/81 y modif.
Diputados y Senadores	Las mismas Cámaras por el voto de la mayoría. Con 2/3 de los votos se resuelve la expulsión.	El mismo cuerpo al que pertenece el legislador	Arts. 97 y 98.
Miembros de Tribunales de Cuentas	Jury de enjuiciamiento	Acusa: Pueden ser denunciados o acusados por cualquiera del pueblo. Resuelve: Jury de enjuiciamiento.	Art. 159. Ley 8085: Jury de enjuiciamiento (4621/81 y modif).
Municipales		Inmunidad al arresto	Ley orgánica de las municipalidades (ley 6769/58), art. 86.

Como más adelante se verá, el tiempo de duración de estos antejuicios incidirá en el cómputo de los tiempos de prescripción de la acción.

## ***VI.2.- La suspensión del proceso a prueba.***

La ley 24.316 creó la institución denominada “*suspensión del juicio a prueba*”, incluyendo el art. 76 *bis*; y los arts. 76 *ter* y 76 *quater* en el Código Penal; cuya incorporación había sido anticipada por el Código Procesal de la Nación, ley 23.948 del 9 de septiembre de 1991, art. 293 que la reglamentó, antes de que tuviera sanción, y que encuentra su recepción a nivel procesal local en el art. 404 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires<sup>80</sup>.

En este instituto no se espera la sentencia<sup>81</sup>, de tal forma que el imputado puede pedir la suspensión del juicio *a prueba de conducta* y si da cumplimiento a una serie de imposiciones, se tiene por extinguida la acción penal<sup>82</sup>.

Tanto esta figura como la *multa conforme al estándar de vida* y el *trabajo para la comunidad* (corrientemente de “fin de semana”), constituyen sanciones que evitan el etiquetamiento social y la consecuente segregación, aspectos negativos de la condena (aún sin cumplimiento efectivo) en los que han venido insistiendo particularmente el movimiento denominado “*criminología crítica*”<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Ley 11.922, modif. por leyes 11.982, 12.059, 12.278, 12.395, 12.405, 13.057 y 13.080.

<sup>81</sup> García se ha resistido a llamar al instituto “*probation*” porque no coincide con lo que en Europa y en Estados Unidos de América lo caracteriza. (Cf. GARCIA, Luis M., “*Suspensión del juicio a prueba, según la doctrina y la jurisprudencia*”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 2, n° 1 y 2, p. 319 y ss. Ver además, los interesantes estudios de TAMINI, Adolfo L. y LOPEZ LECUBE, Alejandro F., “*La probation y la suspensión del juicio a prueba*”, L.L., 1994-D-854. Sin embargo, puede considerárselo una variante de ella (Cf. DEVOTO, Eleonora A., *Probation e institutos análogos*, Ed. Din, Buenos Aires, 1995, p. 10). Otras formas son la *diversión* (suspensión de la persecución) y la *conviction*, utilizadas en la justicia norteamericana. Ver también un clásico, FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, México, 1991.

<sup>82</sup> El mensaje del Poder Ejecutivo en la ley 24.316 se refiere al refuerzo de la función judicial de prevención especial de quien participó en un hecho delictivo; además, que la pena es la retribución de la culpabilidad. Y básicamente, aquí se debe considerar la postulación fundacional de un derecho penal, según la famosa frase de HASSEMER, “*orientado a sus consecuencias*” ( *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Madrid, 1984, p. 34); “*sin dejar sin respuesta al delito*” (LAMNEK, Siegfried, *Teorías de la criminalidad*, Ed. Siglo XXI, México, 1987, p. 240). Cabe recordar que se han introducido supuestos similares en la ley 22.278 de Menores y en la ley 23.737 de Estupefacientes. El mensaje de la ley 24.316 es de gran confusión. Se alude permanentemente a la intención de “*despoblar las cárceles*”. La institución, en cambio, ha de aplicarse a personas que ya gozan de la libertad por eximición o excarcelación; por lo tanto, no se entiende lo de “despoblar”.

<sup>83</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica de la criminología*, Ed. Siglo XXI, México, 1986; PAVARINI, Massimo, *Control y dominación, teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Ed. Siglo XXI, México, 1993 y LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, México, 1982, entre otros.

En definitiva, se trata de una nueva forma de extinción de la acción penal, como lo indica el art. 76 *ter*, párr. 4 del Código Penal y, por tanto, en beneficio para el imputado.

No obstante las bondades señaladas, el instituto no es viable cuando “...*un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito...*” y tampoco procederá “...*respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación...*” (art. 76 *bis*, párr. 7 y 8 del Código Penal).

Como puede apreciarse, esta prohibición involucra no sólo a aquellas figuras en las que el sujeto activo es necesariamente un funcionario público, sino cualquiera otra a condición de que el funcionario hubiese participado en *ejercicio de sus funciones*. Tales participaciones pueden asumir formas diversas: como instigador, autor o coautor, partícipe necesario, partícipe secundario, o auxiliador subsiguiente de conformidad a lo normado por los art. 45 y 46 del Código Penal.

Y aún más, este instituto resulta inaplicable también en aquellos casos en que el funcionario público haya cometido un delito aunque no sea en el ejercicio de sus funciones si ese delito se encuentra sancionado con alguna de las inhabilitaciones<sup>84</sup>.

En punto a este tipo de sanciones, no debe soslayarse que es posible aplicar la inhabilitación especial<sup>85</sup> aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público (art. 20 bis del Código Penal). Por lo tanto, si cualquier delito ha sido cometido en tales circunstancias, es decir, cuando el sujeto activo haya sido un funcionario público que haya demostrado incompetencia o abuso en el ejercicio de su cargo o empleo, la suspensión del juicio a prueba no será procedente.

---

<sup>84</sup> Si partimos de la posición restrictiva que entiende que la suspensión del juicio a prueba tiene un solo supuesto de aplicación, cual es a delitos cuya pena no supere los tres años –tope máximo–, y descartando los delitos donde el agente, autor, cómplice o instigador, es un funcionario público, sólo quedan excluidos “por inhabilitación” las siguientes figuras: homicidio culposo y lesiones culposas (arts. 84 y 94), revelación de secretos (art. 156), quiebra culposa (art. 177), revelación culposa de secretos políticos (art. 233), usurpación de autoridad (art. 246, incs. 1 y 2) y prevaricato (art. 271).

<sup>85</sup> Se discute si en todos los casos la existencia de pena de inhabilitación impide el beneficio, dadas las diversas formas de conminación con que aparece esta pena en el Código Penal. En el sentido de incluir todas las formas de inhabilitación: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 14/8/96, “*Arasco, Juan s/ recurso de casación*”. Se ha negado la suspensión cuando la inhabilitación aparece como sanción principal. Pero se habían distinguido estos casos de aquellos donde la inhabilitación funciona como principal alternativa de las privativas de la libertad. Un ejemplo importante por su frecuencia, son las lesiones culposas tipificadas en el art. 94 del Código Penal, para quienes están de acuerdo con esta distinción sería otorgable el beneficio (Cf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 15/5/98, L.L., 1999-E-830). Actualmente el plenario “*Kosuta*” de la Cámara Nacional de Casación Penal de 1999, ha concluido la discusión: toda forma de inhabilitación impide el beneficio.

### ***VI.3.- La suspensión e interrupción de la prescripción.***

El art. 67 del Código Penal estatuye distintos casos de *suspensión e interrupción* de la prescripción, siendo esta última, de previo pronunciamiento, irrenunciable e intrínsecamente vinculada al principio constitucional de la irretroactividad de la ley penal más gravosa<sup>86</sup>.

En virtud de la *suspensión*, el tiempo pasado se descuenta del plazo prescriptivo, y cuando vuelva a correr éste, lo hará por el que faltaba para completarlo. Merced a la *interrupción*, todo el tiempo transcurrido pierde su efecto, debiendo contarse un nuevo plazo completo, sin tomar en cuenta el anterior.

Así, en la suspensión de la prescripción, esos tiempos en los cuales el olvido que la prescripción implica se dilatan, posee significativas vinculaciones con el ejercicio de la función pública. En primer lugar y explícitamente porque “...*La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público*” (art. 67, párr. 2 del Código Penal). En particular “...*el curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional*”<sup>87</sup>.

Puede apreciarse entonces, que el desempeño de la función pública, como la usurpación del poder, configuran importantísimas causas de suspensión del curso de la prescripción, siendo que durante estos tiempos, la misma no correrá.

---

<sup>86</sup> Dijo la Corte Suprema que la prescripción de la acción penal debe ser resuelta previamente a toda otra cuestión (4/12/95, “*J. A. s/ querrela por retención u ocultamiento de un menor*”, L.L., 1997-A-532, nº 1739). Se resolvió también que “*implica un contrasentido absolver o condenar cuando se ha operado la extinción de la acción penal por cualquiera de las causas previstas en el art. 59 del Código Penal*” y que “*dado el carácter irrenunciable del instituto de la prescripción de la acción penal, que procede aún en contra de la voluntad del interesado o sus deseos porque de juzgue la causa, corresponde anular la sentencia dictada, declarar extinguida por prescripción la acción penal y sobreseer definitivamente la causa*” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, 18/10/95, E.D., 169-579, disidencia del Dr. Rivarola); “*El instituto de la prescripción de la acción penal está comprendido en el principio constitucional que impide la retroactividad de la ley penal que implique empeorar la condición de los encausados: art. 18, de la Constitución Nacional.*” (CSJN, 2/11/95, L.L., 1997-A-543, nº 1798, disidencia del Dr. Petracchi).

<sup>87</sup> El art. 226 del Código Penal tipifica el delito de atentado contra la vida democrática o la independencia de la Nación, con agravación por conducción militar. El art. 227 bis se refiere al delito de consentimiento y colaboración en los atentados contra el orden constitucional y la vida democrática.

La redacción actual del art. 67 citado ha dado lugar a una cuestión interpretativa. En particular queremos mencionar el segundo párrafo que contempla el supuesto de *delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, según modificación introducida por la ley 25.188. La reforma reemplazó la anterior enumeración taxativa de los delitos en los que operaba la suspensión de la acción penal<sup>88</sup>, por una fórmula abierta, lo cual ha sido interpretado en el sentido de ampliar los supuestos de causal de suspensión, que ya no se limitaría sólo a los delitos contra la Administración Pública, sino que comprendería a cualquier delito cometido en el ejercicio de la función pública<sup>89</sup>.

Finalmente, la prescripción también se suspende “...en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio...” (art. 67, primer párrafo del Código Penal).

Estos antejuicios, tal como lo señaláramos en el subpárrafo VI.1, están relacionados con cierto tipo de funcionarios públicos, respecto de los cuales es menester un juicio político para su persecución penal por la inmunidad procesal que poseen<sup>90</sup>.

## ***VII.- Las penas de inhabilitación.***

La condición de funcionario público es relevante en la caracterización de ciertas penas de inhabilitación.

El Código Penal prevé su aplicación conforme a dos modalidades que se denominan “*absoluta*” y “*especial*”. La inhabilitación absoluta<sup>91</sup> no priva al condenado de todos sus

---

<sup>88</sup> La ley 16.648 (1964) agregó el párrafo 2 al art. 67 y con ello otra causal de suspensión: el hecho de que cualquiera de los que hayan participado en ciertos delitos contra la Administración Pública (Título XI, Capítulos VI, VII, VIII, IX y X) se encontrare desempeñando un cargo público. Luego la ley 17.567 (1968) adicionó al listado el Capítulo IX bis. Con ello se pretendió evitar que en estos delitos (v.gr.: cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de los funcionarios o prevaricato, abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, etc.) la respectiva acción penal fenezca durante el tiempo de desempeño funcional.

<sup>89</sup> Cf. Lascano, en *Código Penal y normas complementarias*, BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.), TERRAGNI, Marco A. (coord.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 663.

<sup>90</sup> Por ley 25.320 de Fueros (B.O. 13/9/00) se admitió someter a proceso penal a legisladores, funcionarios o magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político, hasta la total conclusión de la causa, y que el llamado a declaración indagatoria no es considerado medida restrictiva de la libertad. Esta ley deja claro que “*en cualquier caso registrará la suspensión del curso de la prescripción prevista en el art. 67 del Código Penal*”.

<sup>91</sup> Aunque para Soler la denominación “absoluta” resulta exagerada o equívoca, tal es la que se ha impuesto a partir del Proyecto Tejedor (el proyecto de 1881 la denominaba más acertadamente, “general”).

derechos, sino de un número preestablecido y determinado de ellos y que pueden no guardar conexión con el hecho motivante de su privación. La inhabilitación especial, por el contrario, bloquea el ejercicio de un derecho determinado (v.gr.: ejercicio de una profesión), por lo común no comprendido en el grupo de facultades que suprime la primera, y particularmente relacionado con el delito cometido. De tal forma, la diferencia entre ambas penas es cualitativa y no cuantitativa, y por ello es posible aplicar ambas simultáneamente, debiendo prevalecer la inhabilitación absoluta sobre la especial, cuando el orden de facultades es el mismo<sup>92</sup>.

La inhabilitación absoluta veda algunos derechos por prevención, según se expresa en el inc. 1 del art. 19, “*la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular...*” y en el inc. 3: “*La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas...*”. Y otros en razón de indignidad (incs. 2 y 4 del art. 19)<sup>93</sup>, casos en que tales prohibiciones conservan un carácter esencialmente vindicativo y deshonoroso<sup>94</sup>, y hacen presumir en quien la sufre, indignidad o incapacidad moral para el desempeño de cargos y funciones públicas<sup>95</sup>. La inhabilitación especial, en cambio, atiende a razones de prevención en todos los casos<sup>96</sup>.

La inhabilitación absoluta puede ser perpetua o temporal, y está prevista como pena principal y accesoria. Como principal, en forma única (por ejemplo, arts. 273 y 274 del Código Penal) o conjunta (v.gr.: arts. 144 *ter*, 265, 270, 275, etc.), pero nunca en forma alternativa. Como pena accesoria<sup>97</sup> está contemplada en el art. 12, aunque algunos autores

---

<sup>92</sup> Cf. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, 15/10/87, J.A., 1989-II-349.

<sup>93</sup> El inc. 2 del art. 19 del Código Penal establece que la inhabilitación absoluta importa “...*la privación del derecho electoral*”. El inc. 4 del mismo artículo establece “*la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas*”.

<sup>94</sup> Cf. NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, cit., t. II, p. 432.

<sup>95</sup> Cf. CSJN, Fallos, 311:2450.

<sup>96</sup> El art. 20 del Código Penal la contempla expresando: “*La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.*”

*La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquellos sobre que recayere.*”

<sup>97</sup> La inhabilitación especial está prevista como pena principal (ocupa el cuarto lugar en el orden de gravedad de las penas –art. 5, Código Penal-) o complementaria, mas no como pena accesoria. Como pena principal es común hallarla prevista en forma conjunta (aún con pena de multa) y excepcionalmente como pena única (temporal – arts. 260 y 264-, exclusiva y perpetua –art. 225 *quater*, párrafo 3- agregado por la ley 21.338, actualmente derogado por la ley 23.077), pero nunca como pena alternativa. Como pena complementaria se prevé en el art. 20 *bis*.

prefieren denominar “complementaria” a la extensión facultativa de tal inhabilitación por hasta tres años más, luego de cumplida la condena, que autoriza la norma.

Como antes se expusiera en el subpárrafo VI.2, el abuso o la incompetencia de un cargo público autorizan a que se imponga una pena de “*inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista*”.<sup>98</sup>

Como corolario, la condición de funcionario público presenta particularidades al momento de ejecutar las penas. Así, las sanciones de inhabilitación –que recaen o pueden recaer sobre las funciones, cargos y empleos públicos- no admiten la condena de ejecución condicional, de modo que inexorablemente deben ser cumplidas (art. 26 del Código Penal). Si bien la admiten, transcurrido cierto término de cumplimiento<sup>99</sup>, y ciertas condiciones<sup>100</sup>, la rehabilitación no importa la reposición al cargo público perdido.

La ejecución de las penas privativas de la libertad superiores a tres años, conlleva también a la inhabilitación absoluta, y consecuentemente a la pérdida, por el tiempo de la condena, de los derechos ya enunciados.

Por último, el incumplimiento de las penas de inhabilitación trae aparejada la configuración del delito previsto en el art. 281 *bis* del Código Penal sancionado con prisión de dos meses a dos años<sup>101</sup>.

### ***VIII.- Conclusiones.***

De lo expuesto en los párrafos precedentes, surge una visión panorámica de la incidencia de la función pública en las condiciones de punibilidad y el modo en que las penas se individualizan y ejecutan. Su análisis permite concluir que no son pocos los recursos legales con que se cuenta para asegurar el cuidado de la idoneidad, honestidad y transparencia de los

---

<sup>98</sup> Cf. art. 20 *bis* del Código Penal.

<sup>99</sup> La mitad del plazo, y si se trata de inhabilitaciones perpetuas, diez años si es absoluta y cinco si es especial (art. 20 *ter*, Código Penal).

<sup>100</sup> Tales como comportarse correctamente y haber reparado el daño en la medida de lo posible para ambas inhabilitaciones y el haber remediado la incompetencia o el no tener que haber incurrido en nuevos abusos (art. 20 *ter*, Código Penal).

<sup>101</sup> Art. 281 *bis*, Código Penal: “*El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años*”.

funcionarios y empleados públicos en el cumplimiento de sus funciones y deberes, y con ello, la tutela del buen orden administrativo.

Tal es la protección y apoyo que el derecho penal presta al derecho administrativo en una materia de convergencia común, donde no son precisamente leyes las que faltan, sino son, por el contrario, los modos de emplear esas leyes, las prácticas que a ellas se asocian y las virtudes de los operadores las que presentan severos inconvenientes.

En un momento en el que la política criminal diseñada por los medios de comunicación conspira contra la posibilidad de transformar los defectos señalados, en virtud de propiciar que ante la existencia de un determinado problema se debe responder de inmediato con una nueva ley, descuidando en absoluto las causas del mismo y los modos de poner en funcionamiento esas nuevas leyes, de nada valdrá promover tales reformas legales, crear nuevos delitos o incrementar las penas de los ya existentes, si no se enfrenta la compleja labor de modificar las prácticas existentes.