

tipo culposo<sup>(27)</sup>. González aduce que en un primer análisis sostuvo que esta posición parecería ser la correcta, en razón de que si bien podía considerarse que el legislador pretendió castigar toda la red delictiva del abigeato, incluyendo a los funcionarios públicos que participaban en ella, esta idea no era incompatible con la sanción al accionar culposo de estos. Piña, en cambio, sostiene que estamos en presencia de un tipo doloso de omisión. Expone a favor de esta postura que la norma ha sido incorporada entre dos tipos dolosos (el art. 248 y el art. 249) y que el monto de la pena prevista para el delito guardaría congruencia con la de aquellos que solo admiten una forma de culpabilidad congruente. dogmática, dice González, parece adecuado entenderlo así. Al argumento citado puede agregársele otro. Estamos en presencia de un delito omisivo que no requiere resultado alguno. Y esta falta de resultado es determinante en su caracterización. A diferencia del tipo doloso activo en que la acción prohibida se individualiza mediante su descripción "...en el tipo culposo permanece *prima facie* indefinida, y solo es posible particularizar en cada caso luego de determinar la conducta que origina el resultado penalmente relevante..." (Zaffaroni), el resultado sería imposible construir la norma de cuidado violada por el agente.

### 1.5. Consumación y tentativa

El delito se consuma, conforme la posición adoptada, con la sola omisión. Por ello, la tentativa es inadmisibles (González).

**Art. 249.— Será reprimido con multa de pesos setecientos a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.**

(Multa actualizada por ley 24.286, art. 1º, B.O. 29/12/1993).

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 249 sanciona con pena de multa e inhabilitación especial de un mes a un año al llamado delito de "incumplimiento de los deberes de funcionario público", esto es, al funcionario que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

### 1.1. Antecedentes

El precepto reconoce como antecedente directo al Proyecto de 1891 y como fuentes concordantes extranjeras al Código italiano de 1889 y al francés de 1810.

(27) VILLADA, Jorge L., *Delitos contra la Administración Pública*, Advocatus, Córdoba, 2005.

### 1.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido se corresponde, como señala Soler, con el normal y diligente desenvolvimiento de la Administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos, aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto.

### 1.3. Tipo objetivo

El delito se configura mediante tres tipos de conductas omisivas alternativas: omitir, rehusar hacer o retardar, por parte de un funcionario público, un acto propio de sus funciones. En estas tres modalidades típicas, se trata de conductas omisivas puras o propias, que se sustancian en la falta de realización del concreto comportamiento exigido al autor por la norma preceptiva o de mandato<sup>(28)</sup>.

#### 1.3.1. Acciones típicas

La acción de *omitir* equivale a no realizar el acto, no llevarlo a cabo, tal como está mandado por la norma jurídica. El funcionario omite el acto de su oficio —señala Núñez— si, desatendiendo el deber que este le impone de realizarlo, no lo hace en la oportunidad legal<sup>(29)</sup>. En este supuesto el funcionario omite la ejecución de un acto que debe realizar de oficio. A su vez, *rehusar hacer*, implica una negativa expresa o implícita, de realizar el acto del oficio. En esta modalidad, el agente no quiere llevar a cabo la actividad en la oportunidad debida, luego de haber sido requerido por la parte interesada o por orden de la autoridad. Por último, el *retardo* implica la no realización del acto en el término fijado legalmente. El funcionario difiere la ejecución del acto para después de la oportunidad debida. La omisión del acto del cargo presupone una abstención por parte del funcionario de ejecutarlo en el tiempo oportuno, o realizarlo de modo contrario a sus deberes<sup>(30)</sup>. La omisión es la inercia, la conducta negativa, es decir, el no hacer lo que uno está obligado a hacer<sup>(31)</sup>.

Buompadre recuerda que, como se ha puesto de relieve en la doctrina, la omisión penal no es la ausencia de una acción activa, positiva, sino la infracción de un deber de actuar de determinada manera. Toda omisión delictiva lesiona el bien jurídico protegido por medio de la infracción de un deber de actuar de manera determinada<sup>(32)</sup>. Señala que esta clase de tipicidad omisiva puede consistir también en la realización dolosa de un acto nulo o arbitrario, que equivale a la negación o a la omisión del acto que debe ejecutarse, así como

(28) BUOMPADRE, *Tratado...*, cit., t. 3, p. 152 con cita de POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, vol. I, p. 280.

(29) NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. VII, p. 78.

(30) RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. III, p. 304.

(31) MAGGIORE, *Derecho penal*, t. III, p. 224 Con igual criterio, LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. III, ps. 80 y ss.

(32) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 577.

en el llamado "obstruccionismo", cuando es pretexto para la negativa u omisión del acto del cargo o del servicio. Se trata de casos de negativa implícita dolosa. Se rehúsa hacer un acto de su oficio el funcionario que, requerido legalmente (interpelado) por un particular o por la propia administración, se niega a realizarlo, expresa o implícitamente, en la oportunidad debida. Al respecto, Núñez destaca la diferencia entre omitir el acto y rehusar hacerlo. En el primer caso, el funcionario omite sí, debiendo realizarlo de oficio, no lo efectúa; en el segundo, rehúsa hacer el acto sí, correspondiendo que lo realice a petición de parte interesada o por orden de autoridad competente, no lo hace. El retardo en la realización del acto del oficio equivale a inoportunidad de su ejecución. Esto quiere decir que el acto se realiza, pero fuera del término prescripto por las leyes y del tiempo en que pueden utilizarse los efectos normales del acto. No se lo debe entender como no ejecución del acto administrativo, el acto se lleva a cabo, pero después de transcurrido el término legal. Con arreglo al art. 249 el tipo omisivo se configura en la medida en que la conducta del funcionario sea "ilegal". La ilegalidad de la omisión constituye un elemento normativo del tipo e incide sobre el dolo del autor. Este elemento está referido a la conducta del funcionario público, no al acto que debía ejecutar, pues el objeto de la omisión es un acto propio de sus funciones<sup>(33)</sup>.

Por último, la conducta omisiva del autor debe referirse a un "acto de su oficio", esto es, a actos propios de sus funciones administrativas. El acto administrativo, para quedar alcanzado por la norma, debe integrar o constituir el contenido propio de la función o el servicio que presta el funcionario. En otras palabras, las omisiones deben referirse a actos del oficio. Debe entenderse por ellos la propia obra del empleo, no se refiere ya a los actos de autoridad, sino más bien a cualquier clase de tarea administrativa que integre el contenido de la ocupación propia o de la prestación de servicios a cargo del agente<sup>(34)</sup>. Ahora bien, estos no son "...los actos que el funcionario debe realizar personalmente para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria, faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario..." (Soler). Puede tomarse como fuente de los deberes el derecho administrativo, el cual en la mayoría de los casos determina el contenido de la ocupación propia de cada funcionario.

### 1.3.2. Sujetos del delito

Autor de este delito solo puede serlo el funcionario público en el ejercicio de su propia función o tarea administrativa. Es un delito especial propio. Sujeto pasivo es el Estado o el particular cuyos intereses fuesen afectados por la omisión dolosa del funcionario público (Núñez, p. 78)<sup>(35)</sup>. En cuanto a la participación se aplican las reglas generales —excepto autoría y coautoría—, aunque si bien es difícil pensarla a nivel de complicidad, pueden ser admitidas sin esfuerzo las situaciones de instigación (González).

(33) HERRERA, en LEVENE (h) (dir.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, cit., p. 533.

(34) TERRAGNI, *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.

(35) ABOSO, *Código...*, cit., p. 1226.

### 1.4. Tipo subjetivo

Es un delito doloso. Por esto no puede decirse como Soler, que basta la incuria (Breglia Arias-Gauna). Admite solo dolo directo (Creus, Donna, Fontán Balestra) que comprende el conocimiento del agente de que el acto que omite es uno propio de su función, y que dicha omisión es ilegal. Debe considerarse, además, si el sujeto tiene efectivamente posibilidad de efectuar el acto, porque de lo contrario no podrá imputársele el hecho (González). Para Litvack, el elemento normativo hace que el dolo sea directo.

### 1.5. Consumación y tentativa

La consumación se logra con la omisión dolosa del deber. No admite tentativa (Núñez, p. 79). El delito se consuma, dice Litvack, con el acto omisivo, o sea, con la no realización del acto funcional en la oportunidad determinada, legalmente si se encuentra previsto algún plazo o término o, de lo contrario, deberá considerarse el momento en que el acto era útil para producir sus efectos normales, sin que se requiera consecuencia alguna. En el caso de retardo y si existe un término fijado el perfeccionamiento del delito coincide con el de la expiración del plazo; si ese término existe, se consumará al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido. Al tratarse de una omisión simple, la tentativa no es posible en ninguno de los supuestos.

Este delito se distingue del previsto por el art. 248 del Cód. Penal en función de la fuente del deber: mientras que la omisión típica del artículo en comentario consiste en no ejecutar los deberes administrativos del oficio; por el contrario en la omisión típica del art. 248 Cód. Penal el funcionario público omite deberes jurídicos regulados por la CN, las constituciones provinciales o las leyes en general (Núñez, p. 78; CFed., sala I, "D., I.", BJ 1996-I-247)<sup>(36)</sup>.

**Art. 249 bis.— El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.**

(Incorporado por ley 26.394, Anexo I, art. 15, B.O. 29/8/2008).

## I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Se trata de una infracción típicamente militar, que se encontraba regulada como una forma de abuso de autoridad en el art. 702 del CJM por el que se penaba con sanción disciplinaria o prisión al militar que se excediere arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltratara prevalido de su autoridad; la pena era de confinamiento, destitución

(36) ABOSO, *Código...*, cit., p. 1226.