

suma, se aplican las reglas del concurso de delitos (arts. 54 y 55 Cód. Penal). Por ejemplo, si se comete algún homicidio durante la rebelión, sedición o motín, el autor deberá responder por los delitos aplicándose las reglas del concurso material (art. 55 Cód. Penal). En cambio, Aboso⁽²⁴⁾ entiende que la portación de armas es inherente a la rebelión, sedición o motín, concurre de manera ideal con el delito de tenencia o portación de armas de fuego, sin la debida autorización (art. 189 bis Cód. Penal).

(24) *Código...*, cit., p. 1174.

TÍTULO XI DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I ATENTADO Y RESISTENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

Art. 237.— Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Bajo la denominación común de "Administración Pública", el Cód. Penal agrupa en el Título XI un importante número de infracciones que, en su gran mayoría, están dirigidas a evitar que ciertos hechos, frecuentemente llevados a cabo por personas vinculadas, de manera directa o indirecta a sectores de poder político o económico, en la órbita de la administración, puedan alterar la normalidad funcional o el prestigio del Estado⁽¹⁾.

La protección penal de este Título se justifica en virtud de que el correcto desempeño de la función pública constituye un requisito indispensable en el desarrollo del sistema democrático.

Donna⁽²⁾ expresa que el Estado de derecho, protector de los derechos humanos básicos, que surge de nuestra Constitución, es un producto de la modernidad, que tiene su base en la teoría de la separación de los poderes, originado en Inglaterra. El derecho fundamental clásico es la protección contra la deten-

(1) BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 2009, t. 3, p. 35.

(2) *Derecho penal. Parte especial*, t. III, ps. 9 y ss. Véase GRISETTI, Ricardo A., *Delitos de corrupción*, El Fuste, Jujuy, 2017.

ción arbitraria, que fue formulada por Coke, quien quería significar que, en el lenguaje de la Carta Magna inglesa de 1215, era un acto constitucional, por el cual los barones rechazaron las pretensiones de soberanía del rey, encuadrando en los límites de los viejos derechos constitucionales. De esa carta magna surge el art. 39 "ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado, proscrito o de alguna manera destituido, salvo decisión judicial basada en la ley". Por ende, la base del estado constitucional y de los derechos humanos se encuentra en esta idea, contenida en el derecho constitucional inglés, por el cual "la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad. Y también es el fundamento de la división de poderes, que posteriormente toma Montesquieu, a partir de la experiencia de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de este, hasta que se encuentra con límites.

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

1.1. Antecedentes

Los delitos en contra de la Administración Pública, en el Proyecto de Tejedor se situaban en la sección correspondiente a los crímenes y delitos públicos, en el título de los crímenes y delitos contra la seguridad interior y orden público, a continuación de la rebelión, la sedición, el motín y asonada y las disposiciones comunes, el atentado y el desacato contra la autoridad. Se siguió así el método del Cód. Penal español. En el título de los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos, se agrupaban la usurpación de autoridad, el abuso de autoridad, el prevaricato, el cohecho, la insubordinación de los empleados públicos y la inexactitud en el ejercicio de sus funciones, la infidelidad en la custodia de los presos, la infidelidad en la custodia de los documentos, la revelación de secretos, la malversación de caudales públicos, y los fraudes y exacciones. El falso testimonio aparecía en el título de las falsedades⁽⁴⁾.

El proyecto de 1881 sigue un método análogo en los Títulos I y II. En el Título III entre las falsedades, se comprende el falso testimonio y la usurpación de funciones o nombres. No cambia el sistema en el Código de 1886, en el que la sección segunda del libro segundo, denominada Delitos Políticos y delitos peculiares a los empleados públicos, comprende entre los contrarios a la seguridad interior y orden público (Tít. I), el atentado y desacato contra la autoridad, a continuación de la rebelión y la sedición. En el Título II, de los delitos peculia-

(3) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Macchi, Buenos Aires, 1994, t. 1, ps. VII, 1 y 2.

(4) FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, t. VII, ps. 152 y ss.

res a los empleados públicos, se comprenden los mismos hechos que en el Proyecto de Tejedor, con la sola excepción de la insubordinación de los empleados públicos e inexactitud en el ejercicio de sus funciones. También aparece el falso testimonio en el título de las falsedades.

El contenido y distribución dado al título por el Código proviene del Proyecto de 1891, que dedica especial atención a fundamentar el título de los delitos contra la Administración Pública. La Comisión señala que ha formado un solo grupo con todos delitos que, sin alcanzar la gravedad de la rebelión y la sedición, perturban el funcionamiento regular de la Administración Pública en cualquiera de sus ramas, sea que provengan de los particulares, sea que emanen de los mismos funcionarios. Es el plan seguido por los Códigos holandés y el italiano, tan metódicos en la distribución de las materias que legislan. Quedan así comprendidos en el título de los delitos contra la Administración Pública los que el Código argentino llama delitos peculiares a los empleados públicos, los que denomina atentado y desacato contra la autoridad y falso testimonio, como asimismo las disposiciones relativas al encubrimiento y a las demás infracciones ofensivas a la administración de justicia (Proyecto de 1891, 2ª ed., p. 228). La Exposición de motivos, señala, además entre otras cosas, la procedencia de situar el falso testimonio entre los delitos contra la Administración Pública, de acuerdo con el sistema de clasificar los delitos según la naturaleza del derecho lesionado, y no ateniéndose solo al medio empleado para cometer el delito, como lo hace el Código de 1886. Se refiere, también a la procedencia de incluir bajo el mismo título el encubrimiento, que en el Código aparece previsto en la parte general bajo el título de los encubridores (ps. 241-242).

El proyecto de 1906 mantuvo en general, el contenido del título y las previsiones asignadas a los capítulos. La "ley" 17.567 reestructuró los delitos de atentado, resistencia, desobediencia y encubrimiento e introdujo las figuras de la desobediencia procesal fraudulenta, la denuncia calumniosa, la calumnia real y el quebrantamiento de la pena de inhabilitación.

El Cód. Penal argentino comprende —al decir de Torio López— tres grandes grupos de delitos: uno que abarca los "ataques a la autoridad pública" (p. ej. el atentado, la resistencia, la usurpación de autoridad); otro que hace referencia a los clásicos "delitos de los funcionarios públicos" (ej. el abuso de autoridad, el cohecho, la malversación, las negaciones prohibidas, las exacciones ilegales y el enriquecimiento ilícito), y un tercer grupo que contiene los "ataques a la jurisdicción", como son los delitos de prevaricato, la denegación y retardo de justicia, las denuncias y testimonios falsos, el encubrimiento y el quebrantamiento de pena⁽⁵⁾.

Desde la fecha de la sanción y promulgación del Cód. Penal, en el año 1921, el título ha sido objeto de diversas modificaciones⁽⁶⁾.

(5) TORIO LÓPEZ, "Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales", en *Ensayos de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, cit., p. 423.

(6) FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Parte especial*, ps. 886-888.

La ley 13.569, del año 1949, reemplazó el art. 244, referido a desacato, por una larga disposición, en la que, entre otras cosas, no se admitía la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos o cualidades atribuidos al ofendido, y se hacía personalmente responsable al director del periódico en que apareciera la publicación o a quien la editara, a menos que, indicado el autor por el imputado, aquel apareciera en juicio y se declarare autor de la publicación inculpada. El imperio del artículo en su versión original fue restablecido por el dec. ley 468/1955, si bien no se dio vigencia al art. 245 del texto primitivo, que se refería, precisamente, a la *exceptio veritatis*, ya que la misma ley 13.569, en lugar del art. 245 que la versión original del Código destinaba a señalar la no admisión de la prueba de la verdad en el desacato, introdujo el delito de falsa denuncia. Esa misma disposición fue modificada por el dec.-ley 4778/1963, derogado por la ley 16.648 y quedó así el texto de esta figura según lo introdujo la ley 13.569. El art. 245 fue derogado por la ley 17.567, que trazó la figura de la simulación de delito en el art. 276 ter. La ley 20.509 volvió al Código originario en el art. 244 y al texto de la ley 13.569 en el art. 245, en tanto que la ley 21.338 efectuó las mismas modificaciones que la reforma del año 1968. La ley 23.077 restableció el art. 244 original y solo alteró la multa del art. 245 (ley 13.569). En 1993, la ley 24.198 derogó el art. 244 del Código, de manera que el desacato dejó de ser delito en el derecho argentino y se denominó el Capítulo II "Falsa denuncia".

La ley 16.648 modificó los arts. 256, 258 y 259, del capítulo del cohecho. En los dos primeros amplió las conductas previstas, en tanto que en el art. 259 introdujo un segundo párrafo por el que se pena al que presentare u ofreciere al funcionario público la dádiva en razón de su oficio, hecho al que se refiere el primer párrafo de la previsión. La ley 25.188 (1999) modificó la rúbrica del Capítulo VI del Título XI, que ahora se denomina "Cohecho y tráfico de influencias", sustituyendo en este los arts. 256, 257 y 258 e incorporando los arts. 256 bis y 258 bis. Este último artículo fue reformado por la ley 25.825. Aunque las disposiciones que reformó no integran el Código, la ley 26.268 incrementó las sanciones pecuniarias impuestas a las personas jurídicas que lavan activos de origen delictivo.

La citada ley 16.648 agregó un segundo párrafo al art. 261, correspondiente al capítulo de la malversación de caudales públicos, por el que sanciona al funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero trabajos o servicios pagados por una Administración Pública. Aumentó la escala penal del art. 265, el único que integra el capítulo de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, lo mismo que las de los arts. 266 y 267, de las exacciones ilegales. El art. 9º de la misma ley 16.648 incorporó el Capítulo IX bis, denominado "Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados", que constaba de dos artículos, el 268 (1) y el 268 (2). La ley 25.188 sustituyó los arts. 265, 266, 268 (2) e incorporó el art. 268 (3).

La ley 21.338, del año 1976, reestructuró el capítulo del atentado y resistencia contra la autoridad, e introdujo como art. 240 bis el delito de desobediencia procesal fraudulenta. En el Capítulo XII, dedicado al falso testimonio, cambió la rúbrica por el de "Denuncias y testimonios falsos", creó los delitos de denuncia calumniosa y calumnia real, y situó en ese capítulo la simulación de delito. Describió, además, la acción del delito de soborno de testigo. Tuvo por base la

citada ley, en estos temas, la reforma que había efectuado en su momento la ley 17.567. La ley 23.077 volvió a los lineamientos del Código de 1921.

El capítulo del encubrimiento fue reordenado y modificado casi totalmente por las leyes 17.567 y 21.338. La ley 20.509 que rigió entre ambas mantuvo el Código originario, lo mismo que la ley 23.077 (1984). La ley 22.468 dio una nueva redacción a los arts. 277, 278 y 279. A su vez, la ley 25.246 reformó la rúbrica del Capítulo XIII, denominada ahora "Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo". Además, sustituyó los arts. 277, 278 y 279. La ley 25.815 efectuó modificaciones y agregados al art. 277. A su vez, la ley 25.890 incorporó los arts. 277 bis y 277 ter. Por último, el Capítulo XIV, que en el Código originario, en la ley 20.509 y en la ley 23.077 comprendía solo la evasión, durante el imperio de la ley 17.567 se extendió al quebrantamiento de pena y con la 21.388 también al derecho de opción, debido a la sucesiva incorporación del art. 281 bis, tipificador del delito de quebrantamiento de una inhabilitación judicialmente impuesta y del 281 ter, que describía el retorno ilegal al país de quien ejerció un derecho de opción para salir de este.

La ley 20.509 volvió a la situación anterior al derogar la ley reformadora en 1968. A su vez, la ley 21.388 retornó al sistema de la ley 17.567. En 1984, la ley 23.077 restableció el Código originario con las reformas resultantes de las leyes 13.569 y 16.648. Finalmente, la ley 23.487 agregó al título del Capítulo XIV las palabras "y quebrantamiento de pena", sancionando esa conducta en el art. 281 bis, situación que se mantiene en la actualidad.

La ley 27.401 de Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas ha modificado, como hemos visto, el artículo primero del Cód. Penal. Asimismo, el art. 30 de dicha ley sustituye el art. 258 bis del Cód. Penal. El art. 31 incorpora el art. 259 bis. El art. 32 sustituye el art. 265 del Cód. Penal. El art. 33 sustituye el art. 266. El art. 34 añade a la redacción anterior, el siguiente párrafo: "Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción". El art. 35 incorpora como segundo párrafo al art. 268 (1) el siguiente texto: "Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido". El art. 36 modifica el primer párrafo del art. 268 (2) del Cód. Penal, que queda redactado así: "Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño". El art. 37 de la ley incorpora como art. 300 bis del Cód. Penal el siguiente: "Cuando los hechos delictivos previstos en el inc. 2º del art. 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los arts. 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado".

1.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido para los distintos delitos contenidos en este título es el correcto y normal funcionamiento de los órganos que componen la Admi-

nistración Pública, entendiendo por tal a los tres poderes que integran la estructura del Estado: Ejecutivo, legislativo y judicial; en las tres áreas del gobierno que pune el régimen federal consagrado en nuestra Constitución: Nacional, Provincial y Municipal (Laje Anaya-Gavier)⁽⁷⁾. Nuestra CN en su art. 120 establece que "El Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...". Ello determina que el MPF sea un cuarto poder y sus empleados funcionarios del Estado.

De Luca⁽⁸⁾ expresa que estamos bastante bien con la ley penal desde el punto de vista normativo. El sentido de las imputaciones es claro. Basta con repasar las exposiciones de motivos, los fundamentos de proyectos y los debates parlamentarios y la evolución de la legislación, así como de bucear un poco en el pensamiento de sus creadores, para interpretar con sencillez y sentido común lo que ha querido decir el legislador en los delitos más tradicionales de este Título. Muchos de los problemas pueden resolverse con estudio y propuestas serias, siguiendo el principio por el cual las soluciones deben dejar todas las leyes con valor y efecto y no sacrifiquen a unas en aras de otras, mediante el no siempre expresado método de descalificar a aquellas que no coinciden con nuestras particulares posturas político-criminales. Lo que quiero señalar es que todos los delitos contra la AP tienen, tuvieron y tendrán problemas. Llevados a un extremo, con un poco de imaginación, y con un grado mínimo de conocimientos de dogmática penal, prácticamente ninguno sería aplicable. Sin embargo, este modo de proceder no tiene en cuenta el principio representativo de gobierno y que impide sustituir la voluntad popular por la propia. La preterida agudeza en el análisis termina poniendo de manifiesto un tremendo grado de soberbia intelectual y de desconocimiento de la realidad, es decir, el no sentirse obligados a mantenerse dentro del ámbito de su competencia.

Mientras los demás delitos son empleados como bancos de pruebas para explicar la teoría del delito, pero, en sí mismos no son objeto de serios cuestionamientos y son mirados desde la óptica de que involucran a actores individuales, se omite considerar que en AP aparece un dato esencial derivado de su propia razón de ser: son hechos que lesionan un bien colectivo abstracto concebido para satisfacer las necesidades básicas de los habitantes para su autorrealización personal. Aquí pareciera que si la teoría del delito construida sobre la base de los delitos contra las personas, la integridad sexual y la propiedad no funciona, lo que deben cambiar son los delitos y no la teoría del delito que no es ley, es decir, que carece de legitimación democrática.

(7) SANZ, Mauricio Valentín - LÓPEZ, María José - DESPOUY SANTORO, Pedro E., en BALCARCE, Fabián I. (dir.), *Derecho penal. Parte Especial. Libro de Estudio*, t. II, p. 178, Advocatus, Córdoba, 2014.

(8) "Delitos de funcionarios públicos. Asociación de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina", VIII Encuentro. Universidad Nacional de La Plata, La Plata, prov. de Buenos Aires, 17 de octubre de 2008, 18:00 hs. Panel: "La responsabilidad penal de los funcionarios públicos". <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/javier-a.-de-luca.-conferencia-sobre-delitos-de-funcionarios-publicos.pdf>.

Se omite computar que en Administración Pública la selectividad del sistema punitivo funciona de manera bifronte, porque no solo demuestra que pocas veces se aplica la ley penal a "peces gordos", sino que la no prevención de estas conductas y, en buena medida, la no aplicación de la ley penal termina perjudicando a los que carecen de recursos para procurarse clandestinamente los bienes y servicios que la administración debería darles.

Tan simple es esto que parecen obviar olímpicamente que el bien jurídico no coincide con alguna categorización que pueda darle el Derecho Administrativo, sino que viene dado por concepciones históricas y políticas contractualistas, iluministas, derivadas de la formación de los estados nacionales, el republicanism, y la necesidad de crear instituciones al servicio de todos los habitantes por igual, que mantengan el espíritu del principio de sometimiento a la ley, como superador del histórico vasallaje a un conjunto de personas auto-proclamadas superiores o divinas.

El problema de todo esto es que en muchas de nuestras casas de estudio se sigue enseñando que basta con la ley penal para decidir sobre el comportamiento de las personas. No relevamos que la prevención general funciona exactamente al revés, porque se siguen criminalizando obras burdas, de modo que no se disuade de cometer los delitos previstos, sino la torpeza en su ejecución. El mensaje termina siendo: "hagámoslo mejor para que no nos descubran". El desvalor no recae en el delito sino sobre la torpeza para cometerlo. Y esto hay que denunciarlo. Generalmente los casos saltan a la luz porque los intervinientes no se pusieron de acuerdo con el precio y los particulares no tienen otro remedio que recurrir a instancia de poder superior a la del funcionario venal. Esto, sin embargo, no lo transforma en un codelincuente despechado que no merece protección jurídica, como ocurre en la mayoría de los casos con los operadores del sistema que, desde una hipócrita moral individual deciden sancionar al damnificado mediante al archivo de esas denuncias. No conocen lo que es la concusión, ni las negociaciones incompatibles, etcétera.

Es gravísimo, de ese modo dejan que el sistema siga funcionando de manera corrupta y así, aparecerán nuevos damnificados o finalmente, alguien que arregle el precio. En cualquier caso, el problema es que el sistema previsto en la legislación, por quienes tienen competencia democrática de diseñarlo, no funciona.

Bien, lo que se propone es que el bien jurídico Administración Pública, si bien es abstracto, esté lleno de contenido. Se trata de su concepción moderna. Esto nada tiene que ver con una suerte de panpenalismo o propuesta de atacar la corrupción política y económica con la ley penal. Se trata de incorporar conceptos y elementos que se han desarrollado en las últimas décadas a partir de profundos estudios sobre el funcionamiento real y el querido de las instituciones públicas, a partir de la idea republicana por la cual fueron concebidas. Inclusive, ello permitirá depurar a la A. P. de todo contenido de mantenimiento o legitimación de situaciones de opresión o desigualdad social.

No se trata un mero constructo normativo sin otro sentido que su legitimidad formal. Para comenzar, deberíamos incorporar en nuestros programas de

estudios y enseñanzas los conceptos de las tres convenciones suscriptas por la República: Convención Anticorrupción de OEA, ley 24.759. Soborno internacional, por la OCDE, ley 25.319. Y Convención anticorrupción de la ONU, ley 26.097. Y digo: así como no puede aceptarse que los delitos sean meras violaciones normativas, ni se sustenten en meras razones de estado, en AP no funciona la visión de los delitos individuales que solo hacen hincapié en el imputado enfrentado al poder que lo acusa o persigue, en un derecho penal como un sistema de garantías para los habitantes (a lo v. Liszt). La AP atiende a la preservación de un sistema (no el penal) diseñado justamente para prevenir lesiones a los derechos de todos y para satisfacer las necesidades y reparaciones legítimas cuando ello está ocurriendo o ya ha ocurrido. Esa es la única razón de ser del propio Estado. Ej. con una administración de justicia corrupta, todos los habitantes, incluidos los futuros imputados de cualquier delito, están listos. Al compadecernos del juez acusado de prevaricato, no estamos mirando el daño que produce su delito, consistente en el mantenimiento de un sistema que lesiona a todos los justiciables que caen bajo la jurisdicción de ese magistrado.

Entre nuestras enseñanzas debemos incorporar el concepto de desvío de poder en asuntos públicos. Los actos de corrupción conforman un subsistema que rompe el sistema previsto cuya razón de ser consiste en que todos estemos bajo la ley (viene del iluminismo). Ese sistema se quiebra cuando una persona se coloca por sobre ella. Esto atenta directamente contra la democracia representativa. Funciona completamente distinto que los demás delitos comunes.

La corrupción política y económica es la base de las sociedades capitalistas actuales y de las altamente burocratizadas, aun de países que se dicen socialistas. Por ejemplo, nos quejamos de la intermediación, del clientelismo. Pero no relevamos de la realidad que el puntero llega donde no llega el funcionario o la agencia oficial, generalmente plagada de inútiles y mediocres sin ningún compromiso con la función. Es un círculo vicioso que se retroalimenta. Si cada vez que se necesita la realización de un acto de autoridad, por ejemplo, la remoción de un árbol, la concesión de una licencia, etc., debe hacerse un trámite que empieza, pero no avanza, la única forma de que lo haga o termine es mediante la inyección de "aceite" y/o la contratación de las personas que conseguirán moverlo. Las cosas se mueven por dinero o por poder, no por derecho.

El bien jurídico Administración Pública debe ser considerado un bien jurídico colectivo, cuya titularidad es directa de todos los habitantes, y no solamente como un bien jurídico indirecto o medio, que sirve al desarrollo de los demás bienes. Está claro que cumple esa función de soporte necesario para la preservación de todos los demás. Pero su lesión ya afecta el sistema representativo y democrático de gobierno, porque impide la ejecución de las decisiones políticas tomadas por quienes tienen competencia para hacerlo.

1.3. El concepto de bien jurídico "Administración Pública"

A partir de estos conceptos básicos, que denotan ya la existencia de una puesta de límites entre los poderes de un estado, que conllevan a su vez una autorrestricción respecto de los ciudadanos, como distintos de ese ente ideal

formado por quienes, en definitiva, cumplen funciones representativas de los primeros, cabe introducirse en la cuestión de desentrañar qué debe entenderse por "Administración Pública" como bien jurídico tutelado.

Para Donna, está claro que se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que la expresión no está utilizada por el ordenamiento penal en la acepción técnica y que es de la esencia del derecho administrativo, sino que adquiere una amplitud ciertamente mayor. El término engloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones descriptas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas.

En efecto, en la esfera del derecho penal, el concepto de Administración Pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dicha como sobre las otras funciones del estado.

Aboso⁽⁹⁾ explica que el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública es el interés penalmente tutelado por el título de los delitos contra la Administración Pública, lo que abarca el funcionario de todas las ramas de los poderes estatales. El concepto "Administración Pública" utilizado por este apartado debe ser interpretado de manera amplia, ya que dentro de este término debe contarse también la tutela de la administración de justicia y de la función parlamentaria. Asimismo, habrá de ponerse el énfasis en el debido desempeño de la función pública por parte de los funcionarios y empleados que integran la Administración Pública. El tema central de este título ronda en torno de la lucha contra la corrupción y de la falta de cumplimiento de los deberes de los funcionarios y empleados públicos. La actuación espuria o interesada por parte de los funcionarios públicos en el manejo de la cosa pública genera no solo graves distorsiones en el funcionamiento del aparato estatal, sino que agrava aún más las ideas de ineficiencia y anquilosamiento del servicio público.

1.4. El concepto de funcionario público

Como en general, se trata de delitos especiales, que solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos, resulta pertinente, analizar el alcance de este concepto. En tal sentido, el art. 77 *in fine* del Cód. Penal, define "funcionario público" y "empleado público", como todo aquel que "participa accidental o permanentemente del ejercicio de las funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". Esta conceptualización debe armonizarse con la definición de "funcionario público" que recoge la ley 25.188 en su art. 1º, esto es, "Todas las personas que se desempeñen 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 me-

(9) *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, ps. 1177 y ss.

dio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios, y empleados del Estado...". La misma norma conceptualiza la función pública del siguiente modo: "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".

Donna⁽¹⁰⁾, por su parte, sostiene que, adentrándose en desentrañar este concepto, que la llamada corrupción de los funcionarios públicos ha pasado en América hispánica a ser casi una constante. Esta situación es aprovechada por aquellos que intentan reemplazar la política por los gerentes empresariales, que es otra forma más sutil de aprovechamiento de los bienes públicos. La falta de una cultura democrática, producto de golpes de Estado y la creencia de que la cosa pública es parte del patrimonio privado contienen la idea de que la llegada a la función pública, en cualquiera de sus jerarquías, tiene como consecuencia el acrecentamiento del patrimonio propio, en perjuicio del pueblo en general. Entonces, ya no existen órganos o poderes del Estado con idea de fin, sino solo con la idea de autoservicio a sus miembros: sueldos altos, utilización de los bienes del Estado para uso propio, beneficios impositivos, como mínimo y como máximo el lucro a costa del Estado en general. Ambas son formas de corrupción. De ahí la importancia de volver sobre estos temas, no para solucionarlos con la pena, que sigue siendo en este y en cualquier otro ámbito la última ratio, sino para precisarlo, en vista al respeto al principio de legalidad.

Por nuestra parte, pensamos, que si bien el derecho penal es la última ratio, que antes debe prevenirse este fenómeno de honda repercusión, en el nivel de vida que llevamos que el resto de los mortales, desde la inculcación de valores, sin perjuicio de ello, entendemos que mediante la aplicación del derecho penal, y la reafirmación de la norma, que actúe a modo de prevención general positiva, nos parece que resulta una respuesta inexcusable, pues si las conductas quedan impunes, devendrá en la llamada anomia boba, a la que hiciera referencia Nino, en una de sus obras. Dicho de otro modo: si bien debe buscarse de proteger el principio de legalidad, también debe operarse a fin de vivir en una sociedad un poco más justa, anhelo que precisamente se logrará, reiteramos, con la aplicación de las condignas condenas, cuando se haya incurrido en conductas ilícitas.

Refiere Donna que estos delitos solo pueden ser cometidos por un tipo de personas, quienes desempeñan funciones públicas. Menciona a Lange quien había definido estos delitos como aquellos que específicamente, en virtud de su especial injusto típico solo pueden ser cometidos por determinadas personas. Cerezo Mir⁽¹¹⁾, habla de que en estos casos la conducta del autor lleva aparejada

(10) DONNA, "El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal", en *Revista de Derecho Penal*, 2004-2, Delitos contra la Administración Pública-II DONNA (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 9 y ss.

(11) CERREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte General*, 5ª ed., t. II, p. 113.

la infracción de un deber jurídico específico. En esta posición el criterio del dominio del hecho, que es mayoritario para fijar el concepto de autor, se complementa debido a la calificación especial del autor.

1.5. Los llamados delitos de deber

Con la idea de solventar este problema, la doctrina ha buscado otra forma de explicar este tipo de delitos y ha recurrido a la vieja idea germánica de los delitos de deber. Roxin ha sostenido que se trata de delitos de deber, en los cuales la autoría se funda en la lesión a un deber especial, que sería extratípico. En este punto Roxin contraponen los delitos de dominio a los delitos de deber. En estos últimos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, ya que la sanción se afirma sobre una persona que infringe los deberes que pesan sobre él, los cuales se derivan del papel o del rol social que desempeña⁽¹²⁾. Por ende, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente preordenado a la ley que, como se ha dicho, procede de otros ámbitos jurídicos. La autoría se determina desde esta perspectiva por el deber específico, que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica, de los que están implicados a comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la teoría. Este deber no surge de la norma penal, que es la que desencadena la sanción prevista en el tipo, existente en todo delito. Se trata de un deber extrapenal, que no se extiende a todos los implicados en el delito. Son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del derecho⁽¹³⁾.

Esto tiene como consecuencia que importe, en estos delitos, que la infracción sea por acción o por omisión. De la singularidad del tipo se deduce que los miembros de ese círculo de personas, siempre que concurren los demás elementos del tipo responden como autores. Un ejemplo estaría dado por el tipo penal de la administración fraudulenta, en el cual se quebranta el deber de velar por un patrimonio ajeno. Pero, a juicio de Donna, el problema mayor se da con la autoría. Se parte del presupuesto de que en estos delitos no se requiere para la autoría que exista el dominio del hecho y es suficiente que el agente incumpla su deber. La consecuencia más importante es que si el funcionario deja la ejecución de la acción a un tercero, que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría, también será autor, en este caso mediato. De allí que se haya sostenido que el problema del llamado instrumento no doloso no cualificado tiene una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el

(12) *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, ps. 383 y ss.

(13) ROXIN, ob. cit., p. 385. Con el dictado de leyes de ética pública, como la ley 25.188 en la Argentina, sería interesante analizar si los deberes jurídicos que allí se explicitan no son la fuente del deber en el sentido de Roxin, y que su violación conlleva la imposición de una pena. Adviértase que el art. 3º de la ley establece una serie de deberes que son la base tanto del delito de cohecho como del de malversación de caudales públicos, así como del enriquecimiento ilícito.

dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado es autor mediato, puesto que vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe ha determinado al menoscabo del bien jurídico descripto en el tipo. Partícipe será solo aquel que coopera en la realización del tipo, sin vulnerar el deber especial extrapenal que fundamenta la autoría.

Vista así la cuestión ya no es el dolo, como elemento del dominio del hecho, lo que fundamenta la autoría, sino que es el deber. La consecuencia es que puede haber inducción, aunque el autor actúe con error de prohibición. Para ello se debe aceptar: a) que solo la violación del deber fundamenta la autoría, y b) que la participación es de naturaleza secundaria, esto es que se actúe sin el deber especial.

En relación con los delitos de infracción de deber y la Ley de Ética Pública (ley 25.188), si bien Donna ha criticado esta posición de Roxin en su libro sobre autoría, señala que, se podría seguir siguiendo estos lineamientos, hacer una construcción de la autoría en el Derecho Argentino, teniendo en cuenta que se ha dictado la ley de ética pública, en donde se establecen expresamente los deberes del funcionario y su sanción. La ley de Ética Pública en su art. 2º establece una serie de deberes, que fundamentan la autoría en los delitos del Cód. Penal de los funcionarios públicos.

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

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

Del art. 2.c. en cuanto expresa que el funcionario debe "Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular", se puede fundar el art. 265, que tipifica las llamadas negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones. Es claro que la esencia de este delito es el desdoblamiento del funcionario público que al hacerlo hace valer el interés privado en contra del interés público. Del art. 2.d, en cuanto exige: "No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven ello", surgen el delito de cohecho del art. 256 y la coacción ilegal y la concusión, cualquiera sea la posición que se siga en este punto. Del art. 2.f, que reza que el funcionario debe "Proteger y conservar la propiedad del Estado y solo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados", y del inc. g), que afirma que el funcionario público debe "Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa", parece

fundarse la malversación de caudales públicos y el peculado de los arts. 260 y 261 del Cód. Penal.

1.6. Crítica a la teoría de los delitos de deber

Seguidamente, Donna esboza la crítica que se le formula a la posición de Roxin. En primer lugar, se afirma que de seguirse la teoría solo existiría desvalor de acción, que es esta especial infracción a los deberes especiales⁽¹⁴⁾, desvalor de resultado ya que no habría ni lesión ni peligro para el bien jurídico. Adviértase que se si analiza este tipo de delitos, como ser la administración fraudulenta, solo se requeriría la violación del deber, pero no el daño patrimonial en sí. Si se quisiera afirmar que también existe el desvalor de resultado, debería reconocerse que la autoría no solo se fundamenta en la infracción de un deber, especial, sino que habría que exigir algún otro requisito. En palabras de Gracia Martin, "por lo menos en la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción". Además, Gracia Martin afirma que de seguirse este criterio y como una consecuencia lógica no podría distinguirse entre delito consumado y tentativa, ya que la infracción al deber es lo que constituye lo injusto de tales delitos, de modo que, dada la infracción del deber, ya se consumaría el delito, no aceptándose la tentativa. Volviendo al ejemplo, prosigue Donna, si hipotéticamente se considerara que la administración fraudulenta solo se trata de un delito de violación de deberes, es claro que no hay posibilidad de tentativa, ya que basta que se viole el deber para que consume el delito, al no exigirse el resultado de daño.

Otro reparo que se hace a la teoría de Roxin reside en que estaría en contraposición con la concepción del Derecho penal que surge de la teoría del Estado de derecho, debido a la vaguedad de los deberes en cuestión. Gracia Martin afirma en este sentido que "en los delitos de funcionarios, no habría más remedio que referir la infracción del deber a vagos y genéricos conceptos como 'deber de fidelidad', 'deber de obediencia', 'deber de subordinación'", etc., de modo que "en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creemos que la lesión de un deber extrapenal —formalizado o no— puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial"⁽¹⁵⁾. Por ende, se trataría de una tautología, ya que el funcionario que revela secretos que tiene a su cargo, con la obligación de no hacerlos públicos, es claro que infringe las obligaciones que tenía por su rango y jerarquía, pero de ninguna manera explica la esencia del delito especial⁽¹⁶⁾.

(14) GRACIA MARTIN, "El actuar en lugar de otro", conferencia dictada en la Facultad de Derecho, UBA, sin publicar; también y la que se sigue del mismo autor, "El actuar en lugar de otro", en *Derecho penal. Teoría general*, Prensa Universitaria de Zaragoza, Zaragoza, 1985, t. I, p. 333.

(15) GRACIA MARTIN, ob. cit., p. 337.

(16) Idem.

Urquiza Olaechea ha sostenido que presenta una visión monista y totalitaria del sistema administrativo que tiene como consecuencia una pobre interpretación de los tipos penales, ya que no tiene explicación cuando son los particulares los que realizan la lesión⁽¹⁷⁾. El mismo autor agrega con los principios del Estado democrático, ya que todo el sistema estaría en contra de los fines del Estado, dejando de lado a los ciudadanos y a la sociedad civil y llevaría, por ende, una especie de fidelidad de los ciudadanos a ese Estado. Y concluiría: "Esta posición pasa por alto el desenvolvimiento normativo propugnado en la Constitución respecto a cómo se debe fundamentar un objeto de protección penal y, por ello, la doctrina mayoritaria se inclina por rechazar este criterio como fundamento del bien jurídico en los Delitos contra la Administración Pública".

También Maurach-Gössel⁽¹⁸⁾, desde otra perspectiva, han criticado la posición de Roxin. En efecto, se ha afirmado que quien siga esta posición debe aceptar como autor a todo aquel que, como titular del deber especial, realice simultáneamente la lesión de este y la lesión típica del bien jurídico, con la consecuencia de que dicho titular jamás podrá ser partícipe en el ámbito de los hechos dolosos. La crítica consiste en que la lesión de un deber extratípico no puede decidir acerca de la calidad de sujeto del hecho determinado en el tipo y, además, que, aun dada la existencia de los elementos esenciales, puede faltar el dominio del hecho, considerado, aún para estos delitos, como básico. Luego la mera participación es posible ante la existencia de los elementos especiales de la autoría por propia mano.

1.7. Postura de Gracia Martin

En vistas al fracaso de la teoría de los delitos de deber, este autor, ha sostenido que en este tipo de delitos, en donde aparece un autor especial, la fundamentación del autor calificado se encuentra en una relación especial que tiene el autor con el bien jurídico protegido. Para poder llegar a esa conclusión se debe partir de la distinción entre los llamados bienes jurídicos primarios, cuya agresión está al alcance de cualquier persona, y aquellos otros bienes jurídicos en los cuales, aunque el particular quiera, no puede lesionar ciertos bienes jurídicos, ya que no están a su disposición porque están dentro de un ámbito en el cual se cumplen las funciones dentro de esas estructuras que son cerradas y, por ende, limitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos, sino solo los habilitados, en este caso los funcionarios públicos. A esta relación entre determinados bienes jurídicos y las personas habilitadas para agredirlos o respetarlos Gracia Martin la llama "relación de dominio", pues su fundamento se encuentra en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre ciertos bienes jurídicos. Con esta base se contesta a la pregunta acerca de cuál es la razón por la que el legislador ha restringido la autoría en los delitos

(17) URQUIZA OLAECHEA, "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición especial sobre el Código Penal peruano, t. 12, p. 243.

(18) AT, t. II, par. 47, 5, 117.

especiales: es la estrecha relación que existe entre el autor y el bien jurídico, situación que no existe con respecto a terceras personas. En los delitos especiales, sujeto y objeto no son intercambiables. Así, por ejemplo, la acción típica del delito de prevaricación judicial es "dictar sentencia injusta". Pero dicha acción de agresión al bien jurídico protegido —la recta administración de justicia— solo puede realizarla el sujeto que ostente la calificación del juez, porque solo él tiene acceso a ese bien jurídico. Solo un juez puede dictar una sentencia injusta. Y por pasiva, una sentencia injusta puede ser dictada solo por un juez.

1.8. La doctrina "administrativista"

En relación con el autor y el concepto de funcionario público, la doctrina argentina, señala Donna, buscó en un primer momento definirlo acudiendo a la doctrina administrativista, y dentro de esta a la posición que diferenciaba entre funcionario y empleado. Con lo cual, dependió de lo que se sostuvo en ese ámbito del derecho. Con ello, y durante largo tiempo la discusión se centró solo en ese punto, de manera que todo el tema estaba en la discusión sobre si el autor del hecho era o no funcionario de acuerdo con si expresaba o no la voluntad del Estado, que en el fondo era el criterio determinante. Se perdió de vista a juicio de Donna, que la propia ley penal ya contenía una definición de funcionario público y que en base a la aplicación de la teoría del injusto se podía resolver el problema de manera más consistente. Había que definir previamente, cuál era el concepto de autor desde los criterios existentes y luego aplicarlos al funcionario, de acuerdo con la definición dada por el Cód. Penal y por la Convención contra la corrupción. El Cód. Penal ha regulado el término funcionario público, en el art. 77 y el art. 268 (2).

En orden a la remisión al derecho administrativo que realizara la doctrina llamada administrativa, cabe mencionar a Núñez⁽¹⁹⁾, quien conceptualizó en relación con la participación o ejercicio de la función pública, haciendo notar que esta participación existe cuando el estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público. Esta posición tenía su fuente en autores como Bielsa⁽²⁰⁾, para quien es funcionario público el que, en virtud de designación especial y legal, sea por decreto ejecutivo, sea por elección, de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera limitada de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público.

Núñez afirmaba que en lo que al derecho penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público es la participación o el ejercicio de funciones públicas. Esta participación existe cuando el Estado ha delegado

(19) NÚÑEZ, Ricardo, "El significado del concepto de 'funcionario público' en el Código Penal", JA Doctrina 1970, p. 544.

(20) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 3.

en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público, y excepcionalmente, el Cód. Penal reputa como funcionario público a una persona a la cual no se ha delegado al ejercicio de la función pública por elección popular o nombramiento de autoridad competente, como por ejemplo, en el caso del art. 237 en el cual se reputará funcionario público al particular que tratarse de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito⁽²¹⁾.

Creus, por su parte, afirmaba que el Código no ha equiparado al funcionario y al empleado público, ya que al describirlos se refiere a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, es decir, como todo aquel que cumple una función pública. Claramente, pues, lo que define la norma es el funcionario público en las acepciones del derecho administrativo, simplemente indicando que cuando la ley habla de empleado público puede referirse también al funcionario público en sentido propio⁽²²⁾.

En contraposición —continúa Donna— autores más modernos como Gordillo⁽²³⁾ han descartado esa distinción, afirmando que ella no tiene sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo, en consecuencia, ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. En efecto, el funcionario que se podría considerar de más jerarquía, o sea, el propio presidente de la República, no desempeña sus funciones solo a través de órdenes o decisiones, también realiza comportamientos materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, descubrir una placa, colocar la piedra fundamental de un edificio, etc. Lo mismo puede decirse de un empleado de poca jerarquía administrativa, por ejemplo, una ordenanza, quien cuando debe preparar el café no realiza una pura operación material, pues también debe lógicamente decidir, en el ejercicio de su función, qué taza habrá de emplear, si el café está suficientemente caliente, etc. En suma: ningún agente de la administración tendrá así la calidad exclusiva de “funcionario” o “empleado”; todos serían al mismo tiempo, o alternativamente, tanto lo uno como lo otro. Con ello, se advierte, según Gordillo, que la distinción carece de sustento real, por cuanto no permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado, sino a lo sumo distintos tipos de actuación de ellos. Y para marcar que la diferencia tampoco tiene base legal, expresa que no solo la distinción no tiene base lógica y real, sino que tampoco se ajusta al Derecho positivo; ello se advierte tanto en los Códigos Civil y Penal, como en el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional. En conclusión: el derecho positivo argentino, desde esta posición, no hace diferenciación entre “funcionarios” y “empleados”.

(21) NÚÑEZ, “El significado...”, cit., p. 544.

(22) CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 6.

(23) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed. Macchi, Buenos Aires, 1994, t. I, párrafo X, ps. 1-2.

y, por el contrario, establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica.

1.9. La antigua teoría que da autonomía al concepto de funcionario público en el derecho penal

Ramos Mejía⁽²⁴⁾ sostenía que el término “funcionario público” debía entenderse en el sentido admitido en el Cód. Penal, coincida o no con el alcance que pueda tener la expresión en el Derecho administrativo, y sirve de esta forma para unificar la jurisprudencia y para simplificar el complejo sistema del derecho administrativo. En similar postura —refiere Donna— se encuentra Soler, quien interpreta que el término “funcionario público” es el previsto por el propio Cód. Penal. Aclara que el concepto de funcionario público está fijado por el art. 77 del Cód. Penal, con validez para las definiciones del presente título, con las excepciones que la propia ley trae. Esta parece ser la posición en el Perú de Rojas Vargas⁽²⁵⁾ cuando expresa que “el concepto normativo de ‘funcionario público’ utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición efectuada en el ámbito administrativo, que solo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuente de creación del mismo, existiendo en cambio en el derecho penal una determinación normativa como tercera fuerza productora del funcionario público a efectos penales (arts. 386, 392, inc. 3º del art. 425).

1.10. La postura de Donna

Este autor, en criterio que compartimos, estima que no se advierte la necesidad de recurrir a otra rama del derecho, con los problemas doctrinarios que traen de esos ámbitos. El concepto es jurídico y debe ser extraído de la estructura del ilícito⁽²⁶⁾. No es difícil dar una noción básica de funcionario público afirmando que se trata de aquella persona que 1. Está adscripta a la Administración Pública. 2. Tiene una relación de profesionalidad, en el sentido de que cubre un hueco dentro de la administración esto es, que no colabora desde afuera. 3. Tiene una remuneración por parte de la Administración Pública. 4. Tiene un régimen jurídico administrativo propio. Se trata de un concepto funcional, que se relaciona con la participación de la persona en la función pública, con un título habilitante para hacerlo, de acuerdo con el propio art. 77 del Cód. Penal. Sirve de apoyo a esta concepción la Convención Interamericana de la OEA, contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996 (ley 24.759). Por lo cual funcionario público será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para

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

(25) ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2000, p. 34.

(26) POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la Administración Pública”, en *Curso de Derecho Penal español*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, ps. 274 y ss.

desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Esta delimitación, agrega Donna, se hace de manera abstracta. Además, este sujeto debe sin duda, violar deberes a su cargo. Con lo cual no se avanza mucho. A su juicio, es el dominio del hecho en relación con los bienes jurídicamente protegidos. La doctrina lo ha dicho de diversas formas, en el sentido de que en este tipo de delitos especiales se atiende a los hechos típicos que comete el funcionario en ocasión del ejercicio de la función pública⁽²⁷⁾ y que de acuerdo con la llamada concepción real-funcionalista ese ejercicio debe estar vinculado con el bien jurídico protegido⁽²⁸⁾. El autor de estos delitos es solo aquel que con su acción puede afectar directamente al bien jurídico, ya que aparece como su garante directo. De modo que desde esta perspectiva vale la comparación con el delito de omisión impropia, en el sentido de que se requiere una omisión equivalente a la acción de parte del garante. Pues bien, solo puede ser autor aquel funcionario público que puede lesionar al bien jurídico protegido actuando u omitiendo con su cercanía, en términos de Gracia Martín.

El funcionario público visto así es un individuo titular de funciones orgánicas de servicio estatal, caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad pública. El concepto de funcionario se convierte en un concepto material-real, o, si se quiere, funcional-sustantivo, en cuanto a su relación directa con los bienes jurídicos a su cargo. Con lo cual, el problema se traslada a qué se entiende por función pública. Y sobre esta se ha discutido, y seriamente, cuál es su concepto. Dentro de las teorías objetivas, una primera posición, desde un criterio material finalista, afirma que la función pública es aquella destinada, por parte del Estado, al bien común⁽²⁹⁾. Una segunda posición, con un criterio formal, afirma que depende la función del giro que tenga el ente público. Si el giro del ente está sometido al del derecho privado, el fin es privado. En cambio, si el giro está en derecho público, entonces será la función pública. Otra posición está dada por un criterio subjetivo: la función pública es la que está reservada por el Estado a sus órganos. Por último, existe un criterio mixto restrictivo, por el cual la función pública es aquella que tiene un fin público, está sometida al derecho público y es una actividad de un ente público⁽³⁰⁾.

En síntesis, concluye Donna, el concepto de funcionario público es funcional. Con esta base, más las posibles definiciones que algunos Códigos traen, como el art. 77 del Cód. Penal argentino, lo que define al funcionario, que debe ser imputado como autor de este tipo de delitos, es la cercanía al bien jurídico protegido en el tipo penal, y que tenga capacidad para afectarlo. Se trata de la relación directa con el bien jurídico, debido al deber de cuidado que debe tener quien (en parte surge de la Ley de Ética Pública, en el caso argentino) por esa

(27) COBO DEL ROSAL, Manuel, "Examen crítico del art. 119", p. 241.

(28) POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 275.

(29) TS España, 5/2/1991. Criterio seguido por Muñoz Conde y Cobo del Rosal.

(30) VIVES ANTON, Tomás, *Detenciones ilegales*, cit., p. 51.

relación tiene la única capacidad de lesionarlo, afectarlo o por lo menos ponerlo en peligro.

2. ESQUEMA DE LOS DELITOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓD. PENAL

El Título XI de la parte especial del Cód. Penal argentino abarca quince capítulos, en los que dan comprendidos como contrarios a la Administración Pública un grupo grande e importante de delitos que en sí muestran naturaleza bastante diversa⁽³¹⁾.

Fontán Balestra comenta que señalaba José F. Argibay Molina⁽³²⁾ que los autores en general no habían analizado los delitos contra la Administración Pública con la misma preocupación que habían puesto en el estudio de otras figuras delictivas. Esta diferencia la explicaba teniendo en consideración ciertas circunstancias, tales como: a) el estudio autónomo y la sistematización de los delitos contra la Administración Pública tuvieron comienzo recién cuando los soberanos absolutos fueron reemplazados por otros sistemas de gobierno y comenzó la distinción entre Nación, Estado y Administración; b) algunos delitos carecen de "malignidad" —a estar a la terminología de Carrara— que representan los delitos que este autor llama "naturales" por oposición a los "sociales"; c) el lugar diferente que se ha asignado en la doctrina y en las leyes a las acciones que el Cód. Penal argentino agrupa bajo el epígrafe señalado; y d) la dificultad que de todo ello surge para el debido estudio de los diferentes supuestos.

Esa tendencia se ha revertido en los últimos tiempos. La doctrina nacional, la extranjera, las convenciones internacionales y la legislación se han ocupado en buena medida de estos delitos, en los que subyace la corrupción de los funcionarios públicos, tema cada vez más sensible para el conjunto de las naciones y para los habitantes de los distintos países que son las víctimas indirectas de los actos de esa naturaleza, pues encarecen obras y servicios, los retrasan o impiden su realización por razones espurias.

Vega⁽³³⁾ expresa que una reforma del Cód. Penal que no parta del hecho notorio del divorcio entre ley y realidad y entre justicia y sociedad carece de todo rigor científico. Una reforma en serio debe cambiar la política criminal y desplazar el peso de la persecución penal de los delitos de la pobreza hacia los delitos del poder. Que quede claro que eso no significa liberar la criminalidad de la pobreza. Todo delito debe ser castigado. Pero la reforma exige que también lo sean los delitos del poder que actualmente carecen de castigo legal. Un verdadero "garantismo" debe comenzar por garantizar el derecho de igualdad

(31) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial*, actualizador Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, ps. 883-884.

(32) Consideraciones sobre el delito de atentado contra la autoridad, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nro. 3, 1969.

(33) VEGA, Juan Carlos, "La reforma del Código Penal", 3/4/2014. Cita: MJ-DOC-6652-AR, MJD6652.

ante la ley. El art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone la garantía de igualdad ante la ley. Y la impunidad de la corrupción es "desigualdad ante la ley". Esto debió ser "el corazón de la reforma" del Cód. Penal. Que quede claro mi pensamiento. Una reforma debe ser un cambio en la política criminal del Estado que desplace el peso del castigo legal hacia los delitos del poder.

Propone las normas que deben legislarse para cambiar la política criminal argentina: a) Agravantes punitivos en todos delitos contra la Administración Pública. No se trata de aumentos punitivos sino de "agravantes". No interesan los empleados sino los ministros. Hasta quince años de prisión. Agravantes en función de dos variables: la responsabilidad funcional y el daño patrimonial al Estado. El mayor agravante es para los jueces corruptos. El pintor flamenco Gerard David en el siglo XV muestra el castigo para el juez prevaricador. b) En todos los actos de corrupción procederá el decomiso "anticipado" de bienes habidos por dichos actos. No se trata del simple decomiso, sino que debe ser previo a la sentencia definitiva. No podemos seguir con un Estado "bobo" que siempre termina perjudicado por los delitos de corrupción. La figura del "arrepentido" en los delitos de corrupción debe quedar expresa. c) Tipos penales nuevos y precisos que expresen los actos de corrupción del art. 6º de la Convención de Caracas (ley 24.759). d) Reformulación de la figura del "funcionario público" conforme el art. 1º de la ley 24.759. Es decir, el que está al "servicio del Estado". Los concesionarios de obras y servicios públicos son funcionarios públicos. e) Los delitos de corrupción deben estar incluidos en el Título X del Libro 2 como "Delitos contra el orden democrático" y consagrada la imprescriptibilidad de las acciones emergentes. En cumplimiento del mandato constitucional del art. 36, párr. 5º, de la CN. Del mismo modo que lo fuera con el art. 226 del Cód. Penal.

Una norma penal contiene tres objetivos, a saber: previene, castiga y envía mensajes. El metamensaje de una reforma del Cód. Penal debe ser claro y concreto. Se ha terminado una etapa histórica en la Argentina caracterizada por la impunidad de los delitos del poder. Tan sencillo como eso. Y ese mensaje solo llega mediante castigos ejemplares en el Cód. Penal para los delitos del poder. Solo así la Argentina podrá recuperar seguridad jurídica y seguridad ciudadana y tener conductas ejemplares en el ejercicio del poder. Lo demás es "gatopardismo".

El Título XI del Libro II del Cód. Penal resume una serie de conductas que, contra lo que indica su nombre, no atañen solo a la esfera administrativa del Estado. Se sancionan no solo las conductas que impiden al Estado ejercer su función (ej. la resistencia a la autoridad), sino también aquellas que implican una desnaturalización de esa función (ej. el abuso de autoridad, la malversación de caudales), o que entorpecen el desarrollo de esta (ej. el encubrimiento que dificulta la investigación de los delitos y por ende, obstaculiza la prestación del servicio de justicia)⁽³⁴⁾.

(34) AMANS, Carla V. - NAGER, Horacio S. - ELBERT, Carlos A. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2009, p. 461.

El Código de 1921, que en este sentido se ha mantenido, incluyó en este título, de los llamados delitos contra la Administración Pública, un variado catálogo de tipos penales que tienen en común, en principio, que son delitos cometidos por el funcionario público, aunque con ello no se alcance a todos los tipos penales del título⁽³⁵⁾.

El Capítulo Primero del Título XI está compuesto por once artículos, a través de los cuales se prevé una serie de delitos comenzando por el delito de atentado contra la autoridad (art. 237), en el art. 238 se regulan las figuras agravadas del atentado, los delitos de resistencia y desobediencia a la autoridad se contemplan en el art. 239, en el art. 240, se atribuye la calidad de funcionario público al particular que trate de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito. Los atentados turbatorios o leves están previstos en el art. 241, la violación de fueros en el art. 242, la abstención de testigo, perito o intérprete en el art. 243. Con el dictado de la ley 26.394 que introduce el nuevo sistema de justicia militar, eran 7 los artículos que integraban este capítulo, sumándose los arts. 238 bis, 238 ter, 240 bis y 241 bis.

3. BREVE EXCURSO EN TORNO A LA DISTINCIÓN ENTRE EL ATENTADO, LA RESISTENCIA Y LA DESOBEDIENCIA

Sin perjuicio de que más adelante, profundizaremos en la distinción entre el atentado, la resistencia y la desobediencia, conviene esbozar, desde ahora siguiendo a Abralde⁽³⁶⁾, quien afirma que el sesgo comunitario de las tres figuras legales pasa por las variantes posibles que pueden adoptarse frente a la orden de un funcionario público en ejercicio funcional: en un plano conceptual y con relación a una directiva funcional, podría considerarse la posibilidad del intento dirigido a que el funcionario disponga hacer lo que otro sujeto quiera que aquel haga, o bien aquella otra variable en la que —conformada y dispuesta y decisión— este sujeto se oponga a dicha orden, para finalmente examinar la hipótesis de la simple desatención del mandato.

Luego dicha característica con inicial aptitud uniformadora de los tipos penales enunciados se constituye en una de las razones que obliga al intérprete a realizar el distingo: como señalaba Aristóteles, las cosas se diferencian en lo que se parecen⁽³⁷⁾. Por lo demás, la diferenciación no solo encuentra atractivo a partir de los beneficios que suele reportar el correcto ejercicio teórico: la jurisprudencia de nuestros tribunales exhibe vaivenes y confusiones al respecto; cumple señalar, en tal dirección la frecuente detección de sentencias que califican al hecho imputado como "atentado y resistencia a la autoridad", o bien, lo

(35) DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 15.

(36) ABRALDES, Sandro F., "Atentado, Resistencia y desobediencia a la autoridad. Tres tipos penales parecidos", en *Revista de Derecho Penal*, 2004, Delitos contra la Administración Pública-I, DONNA (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 61 y ss.

(37) Citado por ABRALDES, Sandro F., "La estafa mediante medios mecanizados", LL 1997-C-1444.