

omisión culposa de ciertos deberes funcionales referidos a la actividad pecuaria, sino más bien de un delito de omisión netamente doloso.

Entendemos que en el caso, el tipo penal en estudio no se satisface con la imprudencia o negligencia del funcionario, y no sólo porque siquiera se menciona esta modalidad, sino porque a los fines de una correcta adecuación típica de la conducta, la omisión allí consagrada requiere del dolo para su configuración<sup>57</sup>.

Así pues, en el tipo penal del artículo 248 bis del Código Penal, el dolo deberá comprender tanto el conocimiento de la objetividad típica y la calidad de funcionario obligado a actuar en tales supuestos –posición de garante–, como el efectivo conocimiento de la “situación típica” que posibilite al sujeto representársele la realización de la conducta debida y finalmente omitida.

Siendo un delito de omisión doloso, y en atención a su similitud con las conductas descriptivas del incumplimiento de deberes de un funcionario público especial, lo aconsejado hubiera sido incorporar a continuación del artículo 249 del Código Penal y no como finalmente se hizo, después del delito de abuso de autoridad y como continuidad del mismo, ya que sustancialmente este último tiende a captar otras formas delictivas que nada tienen que ver con lo presentado en forma novedosa por esta reforma penal.

Se consuma con la mera omisión de la inspección, aun cuando con ello no se produzca resultado alguno o se cause un perjuicio de cualquier naturaleza. Se castiga la simple omisión de una función fiscalizadora.

### III. El delito de omisión de actos funcionales

Con el fin de asegurar el regular funcionamiento de la administración pública el Código Penal reprime esta conducta en el artículo 249, conocido con el nombre de “incumplimiento genérico de los deberes del funcionario público”, y textualmente establece lo siguiente:

**Art. 249** Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos

<sup>57</sup> En igual sentido, PIÑA, Roxana, en *Reformas penales*, coord. por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 167.

**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.**

Ya nos hemos ocupado anteriormente de las dificultades que existen para diferenciar estos hechos con el ilícito previsto en la última parte del artículo 248 del Código Penal. Resta por lo tanto abocarnos al análisis de este tipo penal, teniendo presente lo que allí hemos dicho respecto de la posición que debe adoptarse para establecer las variaciones jurídicas que existen en uno y otro caso.

#### a) Tipo objetivo

Se sancionan aquí los actos omisivos cometidos por un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Ello está representado por no hacer, negarse a hacer o hacerlo fuera del tiempo establecido por la normativa aplicable, lo que es equivalente en este último caso a un no hacer.

La ley no incrimina la negligencia del funcionario en el cumplimiento de sus deberes (pasible de sanciones administrativas). Lo que reprime es la conducta de quien intencional e ilegalmente no cumple con sus deberes.

Ante todo el incumplimiento debe ser ilegítimo, o sea, que no encuentre justificación en la ley o en una disposición de la autoridad. Fuera de ello, ningún otro motivo es válido para excluir la ilegitimidad del incumplimiento.

El artículo 249 del texto legal pertenece a la categoría de las denominadas normas penales en blanco. En efecto, el incumplimiento ha de estar referido a “un acto del propio oficio del funcionario”, y será necesario recurrir a la disposición legal o normativa donde se establezca el deber de actuar de un modo determinado, para poder conocer exactamente cuál fue la conducta omitida por parte del funcionario público.

La fuente de la obligación (deber de cumplir con un acto del propio oficio del funcionario), además de la ley (decreto, reglamento, etc.) y

del orden jerárquico, puede ser impuesta por la costumbre o la naturaleza misma de las funciones.

Por otra parte, el deber puede ser incondicionado o condicionado. Cuando la obligación ha de cumplirse dentro de un plazo, el sujeto al cual le incumbe su cumplimiento no comete delito antes que el plazo o término finalice.

#### b) Sujeto activo

El sujeto activo solamente puede serlo el funcionario público, no admitiéndose la participación de terceros<sup>58</sup>. Las particularidades propias de la definición de "funcionario público" en términos legales (art. 77, CP y art. 2º, Convención Interamericana contra la Corrupción -OEA-, ratificada por ley 24.759) fueron parte de análisis al tratar la calidad del sujeto activo en el caso del delito anterior, por lo que allí nos remitimos.

#### c) Sujeto pasivo

Como en el supuesto anterior, si bien no existe un sujeto pasivo inmediato, es la administración pública la que se ve lesionada en forma directa por el accionar culpable del funcionario público. En algunos casos puede existir un sujeto pasivo mediato, o sea, cuando el retardo, la omisión o la negativa del funcionario en cumplir con sus deberes lesiona intereses legítimos de un particular.

#### d) Acciones típicas

La conducta está constituida por la omisión, retardo o la negativa (rehusare) en el cumplimiento de un deber funcional.

Se trata de un delito de pura omisión u omisión propia consistente en un no actuar del modo en que se impone en las respectivas disposiciones que regulan el normal cumplimiento de un acto funcional.

*Omitir* importa no cumplir un acto impuesto por el deber funcional.

<sup>58</sup> Si el funcionario es un juez que maliciosamente retarda la administración de justicia, la conducta encuadrará en el art. 273, 2ª parte del Código Penal, siempre que se hayan cumplido las dos condiciones de punibilidad a que hace referencia la disposición citada.

Es casi superfluo que no puede hablarse de omisión hasta que no haya vencido el plazo que explícita o implícitamente ha sido establecido para el cumplimiento del acto<sup>59</sup>. Es equivalente a "no realizar el acto o no llevarlo a cabo, tal como está mandado por la norma jurídica"<sup>60</sup> respectiva aplicable al caso.

No todo incumplimiento de los deberes de las funciones que surgen del desempeño de un cargo público debe dar lugar, automáticamente, a la aplicabilidad de esta figura penal<sup>61</sup>.

En el ámbito de la administración pública debe repararse en que, en virtud de conformar un sistema de desconcentración administrativa, muchas veces existirán dificultades a la hora de establecer un verdadero incumplimiento funcional que no se ampare exclusivamente en la jerarquía del cargo que se ostente a fin de no caer en la atribución de una responsabilidad objetiva.

Sólo podrá asegurarse que ha existido un delito de incumplimiento funcional cuando las irregularidades producidas y llevadas adelante por los funcionarios responsables de los órganos inferiores hayan sido advertidas por el titular de la dependencia o el que ocupa la Jefatura de la estructura administrativa, y no haya procedido conforme las facultades propias que el cargo le confiere incumpliendo de tal modo con un deber específico de actuación<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> ANTOLISEI, ob. cit., t. II, p. 755.

<sup>60</sup> Ver BUOMPADRE, ob. cit., p. 143.

<sup>61</sup> Sin embargo, la jurisprudencia sostuvo que se cometía este delito por parte del secretario de Seguridad de la Nación cuando siendo su deber coordinar y desplegar el operativo policial puesto en práctica en las inmediaciones de la Casa de Gobierno durante la vigencia del estado de sitio implantado en el año 2001 en Argentina, "violó sus deberes de control sobre las fuerzas policiales, siendo consecuencia de su conducta la producción de muertes y lesiones a los ciudadanos". Cfr. CNCCorr., sala I, "Santos", del 26-7-2002, J. P. B. A. 118-40. Entendemos que en tal supuesto no se reúnan los requisitos propios de esta forma delictiva aunque el disentimiento no encuentre fundamento en las particularidades del tipo objetivo, sino precisamente en el tipo subjetivo, ya que el delito del art. 249 del Código Penal requiere que se omita el cumplimiento de un acto propio de su función y que el mismo no se cumpla en forma deliberada con pleno conocimiento por parte del funcionario público de que se encuentra obligado a actuar de un modo determinado y a pesar de ello no lo hace.

<sup>62</sup> Ver para mayor profundidad, CNCCorr., sala V, "Ibarra", del 20-9-2006, Supl. L. L., marzo de 2007, p. 42, N° 355 y ss.

En definitiva, no existe delito por el mero incumplimiento sino cuando el funcionario público toma conocimiento de un hecho que cae dentro del ámbito de su competencia funcional y a pesar de ello no acciona para corregir dicha circunstancia. A su vez, si ha adoptado las medidas existentes a su alcance para contrarrestar tales falencias, tampoco habrá delito aunque no se haya conseguido el resultado pretendido.

La omisión no debe equipararse al cumplimiento deficiente o incompleto de la obligación que pesa sobre el funcionario público<sup>63</sup>. El surge del actuar funcional en principio no es de por sí constitutivo de una omisión, ni puede equipararse a tal, como tampoco un retardo o una acción de rehusarse a su cumplimiento. Hay *retardo* cuando el acto es cumplido después del momento en el cual debía ser ejecutado. En los casos de retardo la conducta asumirá el carácter de delito permanente al igual que en la omisión<sup>64</sup>.

Podríamos llegar a distinguir incluso la situación de quien retarda el acto sin cumplirlo durante todo ese tiempo, de aquella que se produciría en el caso de quien dicta el acto pero después de que había vencido su término legal para realizarlo<sup>65</sup>.

Interpretándose de ese modo el verbo "retardar", es como si el delito se cometiera "mientras se está retardando", y no cuando el acto haya sido cumplido pero con "retraso". Tal vez ésta sea la interpretación más compatible con la consagración de un delito de omisión, aunque

<sup>63</sup> Se ha estimado que se hallaban incursos en este tipo penal los policías que fueron autorizados por el Comando a trasladarse hasta el lugar de los hechos delictivos sólo con balizas encendidas y sin sirenas, pero encendieron éstas camino a tal sitio embistiendo a un automotor particular. CNCCorr., sala VI, "Dorigo", del 13-10-2004, elDial - AIIES4.

<sup>64</sup> Como bien dice Buompadre, el acto no se cumple en el término fijado normativamente, y el funcionario difiere la ejecución del acto para después de la oportunidad debida. Ver BUOMPADRE, ob. cit., p. 144.

<sup>65</sup> El art. 249 del Código Penal parecería limitarse a la primera de las hipótesis, es decir, la de sancionar la conducta de quien todavía no ha cumplido con su deber funcional a pesar de haber vencido los plazos legales para hacerlo, es decir, mientras el acto todavía no ha sido cumplido, dejando fuera de este tipo penal el cumplimiento retardado del acto funcional, quizás reservado para lo dispuesto por el artículo 248 del texto penal.

casi todos los autores equiparan el cumplimiento fuera de término a la acción de retardar el acto funcional.

De todos modos, la ley procesal o la reglamentación pertinente por lo general establece que frente a la demora o al retardo del dictado o producción de un acto funcional, debe exigirse previamente un requerimiento al órgano o funcionario encargado de su realización, a veces bajo la forma de intimación fehaciente, otras veces como pronto despacho, y otras bajo la modalidad de amparo por mora ante el silencio o retraso del acto funcional (ver art. 28, Ley de Procedimientos Administrativos), existiendo también remedios procesales para hacer cesar dicho estado, como por ejemplo en la órbita judicial mediante el recurso de queja por retardo de justicia ante un órgano de jerarquía superior<sup>66</sup>.

La procedencia de tal reclamo no autoriza necesariamente en forma automática a considerar que el funcionario demorado ha incurrido en la comisión de este delito, pues en todos los casos, y como ya veremos, es necesario que el retardo sea ilegal, es decir, con conciencia y voluntad de producirlo y no porque no haya existido la posibilidad de hacerlo en tiempo oportuno.

La negativa o la noción de *rehusarse* en cumplir el acto se distingue de la omisión y del retardo. En la primera existe una manifestación de voluntad: no querer cumplir o ejecutar el acto. Por otra parte, esta modalidad de la conducta presupone una petición. En consecuencia, no es posible hablar de negativa cuando exista la violación del deber previsto por una norma general, sin una previa solicitud o requerimiento para que se cumpla el acto<sup>67</sup>.

En tal entendimiento se rehusa el funcionario público que se niega a cumplir el acto una vez que ha sido intimado formalmente a realizarlo.

La delimitación entre los conceptos de omisión y negativa en cumplir o ejecutar el acto tiene importancia en lo que se refiere a la denominada negativa implícita.

<sup>66</sup> Ver art. 127 del Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación, y arts. 5° y 17, inc. 3° de la ley 4055 de competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las Cámaras Federales del interior del país.

<sup>67</sup> LEVI, Nino, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, p. 149, en *Trattato di Diritto Penale*, coord. por Eugenio Florián, Milano, 1935.

Según algunos<sup>68</sup> la negativa deberá consistir en un acto positivo, de explícita denegación o bien de oposición expresa a una intimación. Pero esta opinión ha sido debidamente objetada<sup>69</sup> en el sentido de que la negativa puede ser también implícita; de ahí que la simple inercia (no hacer nada) ante el requerimiento es suficiente para la consumación del delito.

En todos estos casos consideramos que el papel decisivo está representado por el aspecto subjetivo predominante en la faz interna del funcionario que se encuentra obligado a cumplir con dicha actuación.

Las modalidades comisivas deben interpretarse desde la óptica de la ilegalidad de la acción. En efecto, la ilegalidad que debe imperar en estas omisiones representa dentro del tipo penal un elemento normativo. Lo ilegal es la omisión, el retardo o el acto de rehusarse a cumplir con lo que es debido, legal o reglamentariamente exigido.

Se trata pues de “un acto de naturaleza volitiva encaminado a la omisión o incumplimiento, considerándose como un requisito de naturaleza esencial para su configuración la existencia de dolo directo”<sup>70</sup>.

Ilegal en este caso significa que el sujeto activo sabe positivamente que su omisión no se encuentra justificada por causa alguna, aunque no necesariamente ello debe identificarse con la “malicia” de la que habla Soler<sup>71</sup>, puesto que ello implicaría consagrar un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo que no es requerido por el delito en comentario.

Por lo demás, tiene que tratarse de un acto funcional, esto es, un acto de cualquier índole que el funcionario tenga la obligación de cumplir según las disposiciones que regulan el desempeño de su función, y no, por el contrario, consistir en un acto de carácter personal aunque se trate de un funcionario público el compelido a ejecutarlo. Es por ello que se ha dicho que no existe este delito en el supuesto de un funcionario público que se negó a recibir una cédula de notificación por parte de un oficial de policía, en razón de que debía tratarse de un acto propio de la función, vale decir, dirigido a aquellos que

<sup>68</sup> LOLLINI, Silvio, *Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, en *Enc. Persina*, Milano, 1906, t. VII, p. 127.

<sup>69</sup> MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale*, 2ª ed., Torino, 1920, t. V, p. 355.

<sup>70</sup> CNCCorr., sala I, “Parino”, del 30-11-95, J. P. B. A. 95-250.

<sup>71</sup> Ver SOLER, ob. cit., t. V, p. 144.

son el contenido de tal función y no a los que el funcionario deba personalmente acometer para su cumplimiento, cuya transgresión será pasible de sanciones disciplinarias por negligencia<sup>72</sup>, pero no delictivas en los términos de la norma analizada.

#### e) Tipo subjetivo

El elemento subjetivo está representado por el dolo, o sea la conciencia y voluntad de no cumplir el acto debido por la propia función, conociendo la obligación de que el mismo debe realizarse por parte del propio sujeto.

El dolo es excluido no sólo por el error de tipo, sino también por la buena fe<sup>73</sup>. Para la existencia del dolo, en consecuencia, es necesaria la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento.

Por tales motivos, sumado a la ilegalidad de la conducta, creemos que sólo el dolo directo quedará alcanzado bajo esta forma delictiva.

#### f) Subsidiariedad de la figura

Al igual que en el supuesto anterior del artículo 248 del Código Penal, este delito representa una figura subsidiaria de otros delitos que tengan tanto pena mayor como pena menor. Se trata de una característica implícita en el tipo penal por los mismos motivos que hemos visto al tratar el ilícito precedente.

Siendo así, el hecho quedará desplazado a la figura que contenga los mismos elementos que el tipo analizado y a la vez agregue una característica particular, como cuando también el incumplimiento constituya el medio por el cual se comete el otro delito<sup>74</sup>.

Nos encontramos en presencia de un delito de pura actividad que

<sup>72</sup> Cfr. CNCCorr., sala VII, “Zoya”, del 28-6-91, c. 15.251.

<sup>73</sup> Aquí nos encontramos frente a un caso de *antijuridicidad especial*, porque la ley de modo expreso exige que la negativa, omisión o retardo sea ilegal.

<sup>74</sup> No parece entenderlo de tal modo alguna parte de la jurisprudencia, ya que ha sostenido por ejemplo que el hecho de asentar en actas de inspección municipal que los locales cumplían con la normativa vigente cuando en realidad no era cierto constituye una infracción al art. 249 del CP. Cfr. CNCCorr., sala VII, “González”, del 6-5-2004, elDial – AA22E2. Finalmente se sobresee por entender que una ordenanza municipal no es una ley en el sentido exigido por el tipo penal.

se consuma con la mera omisión, el rehusar hacer o el retardo, "sin caso concreto del acto omisivo, la consumación coincide con su no realización en la oportunidad debida"<sup>75</sup>.

#### IV. Maltrato y perjuicio a subalternos militares

El artículo pertinente dispone lo siguiente:

**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 meses a dos años, si no resultare un delito más severamente penado.

Veamos sus particularidades.

##### a) Tipo objetivo

Se trata de un acto arbitrario de autoridad, es decir un abuso funcional, ya que el militar, en el cumplimiento de un acto funcional y excediendo de las facultades que la jerarquía del cargo le concede, actúa en perjuicio de un subalterno o lo maltrata de cualquier modo (psíquica o físicamente)<sup>76</sup>.

El perjuicio ocasionado debe ser arbitrario, por lo que entonces el hecho debe ser medido en orden a las facultades disciplinarias o correctivas de las fuerzas armadas. No es un perjuicio económico o material, sino un menoscabo funcional que implica un desmedro en la foja de servicio del sujeto pasivo o de las facultades y prerrogativas que el sistema le acuerda (salidas, descansos, etc.).

<sup>75</sup> Ver CFed. de General Roca, "Sanhueza", del 20-9-2002, J. P. B. A. 124-67.

<sup>76</sup> La amplitud de la figura penal obliga al intérprete a tener que analizar en cada caso concreto la específica actuación del sujeto activo, y determinar si el mismo ha ocasionado un perjuicio que pueda ser catalogado como de "arbitrario" con relación a la conducta asumida por el superior que realiza un acto funcional, y de igual modo valorar si ha actuado de manera tal que signifique un "maltrato" para el sujeto pasivo. No olvidemos que en el ámbito castrense existe un catálogo sancionatorio frente a la indisciplina y a los actos de inconducta por parte de quienes forman parte de las fuerzas armadas (ver Anexo IV de la presente ley).

Los maltratos por su parte pueden ser tanto psíquicos (insultos, menosprecio delante de la tropa, etc.) o físicos (realización de ejercicios indebidos o de extrema rudeza y rigor, golpes, etc.). El hecho de que "maltratare de cualquier forma" significa entonces que podría causarle lesiones al sujeto pasivo; pero en este caso, atento a la parte final que aclara que "si no resultare un delito más severamente penado", dejaría incluidas las lesiones leves, no así las graves o gravísimas, puesto que estas últimas contienen pena mayor.

El sujeto activo es un militar de rango superior, que actúa en primer lugar dentro de sus funciones, y en segundo término prevalido de la autoridad que el cargo jerárquico le confiere.

La ilicitud consiste en obrar conscientemente de forma tal que el autor sepa que actúa en forma arbitraria o que ocasiona un maltrato, tanto físico como psíquico, para el subalterno sometido a su autoridad. Ello por cuanto la norma exige que se prevalezca de su autoridad. Es decir, que abuse de la función a los efectos de realizar cualquiera de las conductas comprendidas por el tipo.

##### b) Tipo subjetivo

Es un delito doloso. El dolo debe abarcar el conocimiento y la voluntad de perjudicar o maltratar a un militar de rango inferior. El delito exige que el perjuicio o maltrato sean arbitrarios. Siendo la arbitrariedad un elemento normativo del tipo que califica la conducta, sólo el dolo directo es compatible con esta figura.

La subsidiariedad en favor de delitos que contengan una pena mayor a la aquí prevista ostenta las mismas deficiencias técnicas que hemos señalado anteriormente, prefiriendo para tales casos que la ley hubiese hecho referencia a cuando el hecho no importare o no constituyere un delito más severamente penado.

#### V. Denegación de auxilio de la fuerza pública

Esta figura textualmente señala:

**Art. 250** Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza