

## 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”.  
Aula Magna. Edificio “Tres Facultades”

Javier Augusto De Luca<sup>1</sup>

**I.** En esta breve comunicación me referiré a distintos sucesos que generalmente son tratados por las leyes penales entre los llamados delitos contra la Administración Pública.

No deberían quedar afuera otros acontecimientos que también involucran a algunos o a todo funcionario, y que la ley tiene específicamente en cuenta en otros lugares del Código y en leyes especiales, tales como la no concesión de algunos derechos (ej. el art. 76 bis impide la suspensión del proceso a prueba para todos los intervinientes en algún delito en el que haya participado algún funcionario en ejercicio de sus funciones); algunas agravantes, tanto por su condición de sujeto activo como de pasivo (ej. delitos contra la vida, art. 80, incs. 8 y 9; en delitos contra el honor, art. 117 bis, inc. 4; en abusos sexuales, 119, inc. e); privaciones de libertad, art. 142 bis, inc. 6º; etcétera), o bien determinados delitos que sólo pueden ser cometidos por ellos pero que no figuran en aquél Título aunque, de algún modo, también lesionan la correcta ejecución o aplicación de las leyes del Estado y el regular funcionamiento de varias instituciones. Así, privaciones de libertad, agravamiento de situaciones de detención, tormentos, apremios ilegales, vejaciones, arts. 143 a 144 quinto), violación de secretos oficiales (art. 157), ahora los delitos de lesa humanidad de la ley 26.200, etcétera.

En los delitos contra la Administración Pública, puros o adheridos a otros, especialmente cuando son cometidos por funcionarios públicos, tienen un matiz diferencial que se enraiza en el sistema republicano y democrático mismo, que no es comúnmente tenido en cuenta al momento de los análisis jurídicos de las figuras.

Mi propuesta aquí no versará sobre una enunciación de asuntos dogmáticos y de su posible solución, sino sobre una advertencia dirigida hacia nuestra responsabilidad como facilitadores de la ley penal y de su aplicación.

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

II. Estamos bastante bien con la ley penal desde el punto de vista normativo. El sentido de las incriminaciones 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 aquéllas que no coinciden con nuestras particulares posturas político-criminales.

Lo que quiero señalar es que todos los delitos contra la A.P. 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 pretendida 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 A.P. 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.

Se omite computar que en Administración Pública la selectividad del sistema punitivo funciona de manera bifronte, porque no sólo 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 republicanismo, 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 autoproclamadas superiores o divinas.

Una cuestión que debe ser aclarada. El análisis que sigue parte de dar por superada o dejar en suspenso la discusión acerca de si a los conflictos y situaciones que plantean estos hechos deben asignarse consecuencias jurídicas punitivas. Parto de la base de que no hemos encontrado otra solución mejor por el momento y que hasta aquí ha llegado el principio de ultima ratio de la ley penal.

### **III.** Algunos ejemplos.

a) Art. 77. Dice lo que es funcionario. Pero se sigue discutiendo si lo es un empleado o un empleado que no tiene competencia para conformar la voluntad estatal<sup>2</sup>. La letra de la ley parece bastante clara en el sentido afirmativo, con independencia de que un sinnúmero de hechos de empleados de baja categoría no deban ser considerados delitos especiales por bagatela o insignificancia.

b) Problemas de autoría. Ante problemas de posibles faltas de requisitos personales en los sujetos intervinientes en los hechos, se ha recurrido a construcciones jurídicas como las de los delitos de infracción de un deber (Roxin), que no fundamenta el injusto, sino que tan solo decide sobre la autoría.

Otros han ido más allá y traen a colación la tesis de Jakobs, para quien el injusto se determina a partir de una defraudación de expectativas definida exclusivamente a través de la lesión de la institución que le sirve de deber, de modo que no tendría mayores ataduras para trazar imputaciones aún sin algunos requisitos como el del dominio del hecho en el autor.

---

<sup>2</sup> De La Rúa, Jorge. Código Penal Argentino. Parte General. Edit. Depalma. 2da. edición. Buenos Aires, 1997, pág. 1183 y ss.

Sin embargo, la redacción de nuestros artículos no dejan muchos resquicios para esas lagunas de punibilidad y, si así fuera, podría recurrirse a la categoría del autor de determinación que Zaffaroni extrae del texto de nuestra misma ley (art. 45). En cualquier caso, se trata de situaciones que nunca se han verificado en la jurisprudencia. Cuando a un funcionario se lo quiere castigar ninguna construcción teórica lo ha impedido y, viceversa, cuando goza de cobertura de poder, aunque se trate del primer magistrado y confiese públicamente haber recibido una dádiva en forma de auto deportivo, nadie le aplicará ley penal alguna.

c) La falsa denuncia, la calumnia y el *non bis in idem*. Antes el desacato y la injuria. No hemos resuelto satisfactoriamente las superposiciones de delitos de acción pública y acción privada, ni cómo juega el *non bis in idem* en casos de concursos ideales o los llamados aparentes de leyes. Donde allá se explica en qué consiste la “identidad de causa”, que permitiría la doble persecución por el mismo hecho a la misma persona, aquí se dice que ello sería una violación a la prohibición de doble persecución por calificaciones jurídicas (ej. Fallo “Peluffo” de la Corte). Mucho menos hemos resuelto qué hacer ante una falsa denuncia por un delito contra la integridad sexual cuya acción penal no ha sido instada. Es decir, hay un punto donde las soluciones de la doctrina dejan en letra muerta disposiciones legales, concebidas por los representantes del pueblo para funcionar de una manera distinta.

d) Cohecho. El texto del art. 256 hace referencia a cuando el funcionario recibe, pero ¿qué pasa cuando él es quien pide? Se dice simplísticamente que “recibe el que no pidió”, y con ello no puede haber cohecho en esos casos. Esta solución es tan ridícula que podría ser contestada con el siguiente ejemplo: funcionario podría decir al particular: “ofrezcame Ud. dinero...”.

El problema nunca estuvo ahí, porque en los procesos comunicativos debemos atender el significado del diálogo en un determinado contexto y no la literalidad de las palabras empleadas. El problema está en la diferencia del cohecho con la concusión, delito que prácticamente no se enseña en las facultades y que ocurre con mayor frecuencia que el homicidio doloso. Y, a su vez, de la distinción entre la concusión y la extorsión. De esas sutiles diferencias surge el problema de la investigación, la celada legal, la codelincuencia, la consumación o la tentativa de cada uno de ellos, el delito

experimental, etc. Todos estos problemas están siendo soslayados por los operadores del sistema, a quienes nosotros deberíamos haber enseñado.

e) Dádivas. No sólo el art. 259 prevé esto desde siempre, sino que la **ley 25188 de ética pública lo ha ratificado. Así, en su ART 2º**, dice que los funcionarios están obligados a: ...d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; y el **ART 18.** dice: “Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico- cultural si correspondiere.

Está bien, por insignificancia, porque se trata de una conducta aceptada o adecuada socialmente, porque es una pavada, dejemos pasar la docena de facturas y la botella de champagne nacional, pero ¿dónde está el límite? Un almuerzo: ¡Todavía hay magistrados de los tres poderes que están convencidos de que los invitan a almorzar y cenar a restaurantes cinco tenedores porque cree que son simpáticos! Ahora más sutiles: viajes pagados por instituciones privadas que pueden tener intereses en conflicto con lo que el funcionario tiene para decidir. Ej. algo similar a lo hacen los laboratorios con los médicos, para que terminen recetando un medicamento de su marca cuya composición genérica valdría el 10 %.

f) Enriquecimiento ilícito. Es el delito que nunca se había aplicado y, de pronto, a partir de un par de casos en los que a algunos funcionarios se les fue la mano, pasó a tener un desmesurado análisis doctrinal que lo tornaba inaplicable. Esperemos que no ocurra lo mismo con las calumnias e injurias equívocas o encubiertas del art. 112 CP, porque tiene la misma estructura: es una omisión que se consuma dentro de un proceso administrativo con tintes jurisdiccionales, y que se justifica constitucionalmente por el bien jurídico que lesiona. Con un análisis “tan fino”, en qué quedarían las intimaciones de autoridad pública a los rebeldes y sediciosos del art. 231 CP. Es que ningún delito de omisión podría ser aplicado con una concepción literal del elemento “capacidad de hecho de cumplir con el mandato que deriva de norma” en tanto

lo impediría cualquier planificación pretérita que colocase al autor en imposibilidad de hacerlo. Lo que no les cierra es su conceptualización del delito de omisión, no las redacciones de los delitos de omisión en cualquier Código Penal.

g) Peculado de servicios. Nadie parece ocuparse seriamente de este delito en el que se si mira bien, estamos todos inmersos. Ej. sacar fotocopias particulares en el trabajo público o hablar por teléfono con familiares o amigos desde la línea de la oficina. Reitero que no estoy tratando aquí de aparecer como un principista ni de castigar cualquier empleo propio de servicios pagados por la administración, sino de poner de manifiesto que nadie pone el grito en el cielo por la falta de precisión en el tipo penal respecto de la cualidad o entidad del servicio que se emplea.

h) Encubrimiento. Se le encuentran mil problemas. Si el delito original está derogado, prescripto, no ejerció o instó la acción, si está indultado, si sólo quedó en un injusto cometido por un inimputable, si quedó en error de tipo pero consumado objetivamente, si estuvo justificado, etc. etc. Todas estas ideas harían inaplicable un delito que no ofende el mismo bien jurídico que el delito precedente.

Hay cuestiones de concursos que muestran la superficialidad de teorías como la del delito medio y al delito fin. Ejemplo, el padre que ayuda a su hijo a eludir las investigaciones matando a los dos policías que lo vienen a detener. Con determinadas concepciones, habría que aplicar el tipo de encubrimiento, además no punible por el parentezco, por ser el delito fin!

Ni siquiera estamos de acuerdo sobre si en el art. 277, inc. 2º, donde dice “si de acuerdo a las circunstancias, el autor podía sospechar que (el dinero, las cosas o efectos) provenían de un delito”, es una hipótesis dolosa o culpable. Tantas vueltas se le da al asunto que solo se aplica a los casos en que la policía en controles de tránsito “pesca” a personas que vienen manejando un vehículo robado, y se lo termina tratando en el foro como si fuese un delito contra la propiedad que se consuma en la etapa de agotamiento de los que le dieron origen. Es decir, seguimos fomentando la selectividad del sistema.

i) Lavado. Una idiotez. Increíble. Redactado para que no funcione nunca, salvo en casos burdos, para perseguir personas por lo que se dice que son y no por lo que se prueba hicieron (“narcos”, “mafiosos”), o para que

funcione en casos en los que no debería hacerlo, como el del abogado que cobra sus honorarios por la defensa de un delincuente con el dinero producido de sus delitos<sup>3</sup>.

Si no se prueba que el dinero vino de un delito, éste no es delito, cualquiera haya sido la posición subjetiva del autor. Es decir, ya no me preocupa aquello que motivó el veto parcial de la ley que lo creó, esto es, si debe ser solo doloso o también culposo, el problema es probar que el dinero vino de un delito. Es imposible. En lugar de estar pensando en la transparencia de las operaciones bancarias y financieras, están pensando en el delito anterior.

Bien, en lugar de reclamar que se lo cambie de lugar, por ejemplo, bajo el orden económico y deje de demandar lesión a la administración pública, nos pasamos explicando su importancia que lo único que hace es fomentar el derecho penal simbólico que no tienen ninguna incidencia sobre el sistema real.

Veán el inciso 3). Sanciona al que recibe el dinero o bienes de un delito. Ya lo decía el encubrimiento clásico.

#### IV. Penas altas. Más tipos penales. Más delitos. Prevención

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 despedido 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

---

<sup>3</sup> Struensee, Eberhard. Conferencia sobre Lavado de Dinero en la Facultad de Derecho de la UBA en 2007, comentando el párrafo 261, inc. 2, n°1 CP alemán. Ej. ¿basta con el “conocimiento seguro de la procedencia del dinero”?

archivo de esas denuncias. No conocen lo que es la concusión, ni las negociaciones incompatibles, etc. etc.

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 funcionó.

#### V. Una mirada distinta.

Puede existir una posible crítica desde o llamado de atención sobre la necesidad de volver a un derecho penal de ultima ratio, que evite la proliferación de bienes jurídicos abstractos, intangibles y supraindividuales. Recordemos que muchos de estos bienes jurídicos evanescentes terminan funcionando como meras infracciones a los deberes o violaciones a las ordenes de la autoridad, como injustos sin lesión, como meras desobediencias, donde el único valor en juego es el mantenimiento de la vigencia del orden normativo, restablecido imaginaria y simbólicamente mediante la imposición de una pena.

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 24759. Soborno

internacional, por la OCDE, ley 25319. Y Convención anticorrupción de la ONU, Ley 26097.

Y sigo: así como no puede aceptarse que los delitos sean meras violaciones normativas, ni se sustenten en meras razones de estado, en A.P. no funciona la visión de los delitos individuales que sólo 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 A. P. 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.

Con corrupción, las decisiones políticas legítimas no se ejecutan, sino que se llevan a cabo según el criterio personal del funcionario. Esto afecta la gobernabilidad. Ejs. las coimas o exacciones para que un sanatorio que no está en regla siga funcionando. Todo sigue igual y no se terminan de cumplir las reglas legítimamente establecidas para preservar la salud de los internados. Ej. caso Cromañon. Se trata de un conjunto de pequeñas faltas y pequeños delitos que, al confluír, derivaron en una tragedia.

Desde esta mirada, esos actos individuales previstos en la ley penal, no pueden ser mirados más como asuntos de dos caras, entre la ley penal y el sujeto activo.

#### VI. Ítems no sólo penales que demandan trabajo.

En el mundo entero se están desarrollando todo tipo de estrategias no penales. Las punitivas sólo son una más dentro de un conjunto, respecto del cual tenemos que estar actualizados. Menciono algunos campos. No es exhaustivo:

- Transparencia. Muchos penalistas no quieren entender que éste es un bien jurídico, abstracto, que aparece lesionado en varios delitos contra la A.P.
- Conflictos de intereses. Lo mismo.
- Facilitar denuncias. Todos los consejos, con jerarquía normativa, reclaman que los denunciantes -públicos y privados- sean protegidos inmediatamente. Es que, como contracara, todos los funcionarios tienen la obligación de dar explicaciones y en ello no debería haber un demérito.
- Acceso a información. Por ejemplo, en materia de declaraciones juradas de bienes de los funcionarios, se sigue exigiendo legitimación o interés legítimo al peticionario de la información. Es un concepto del derecho administrativo que está superado y no debe ser empleado más. El que quiere atentar contra un funcionario lo hará por muy bajo costo y sin necesidad de pedir esa información oficialmente. Aquellas condiciones son ridículas, porque en la mayoría de los casos, se trata de la misma información que tienen infinidad de organismos privados (bancos, compañías de comunicaciones, el Veraz, obras sociales, etc.).
- Los Poderes Judiciales y los Ministerios Públicos Fiscales deben ser independientes de los poderes políticos. Asimismo, deben contar con cuerpos periciales y policías judiciales que dependan de ellos.

- Lo mismo cabe decir de Oficinas Anticorrupción.
- La prensa de ser libre, evitándose los monopolios. Debe primar el concepto de vigilante público
- El acceso a cargos públicos debe ser por concursos abiertos y prohibirse terminantemente cualquier manifestación de nepotismo.
- Los funcionarios deben estar acostumbrados a rendir cuentas.
- Deben crearse, agilizarse y mantenerse los Registros públicos, oficiales. Por ejemplo, no existe un registro único nacional de personas jurídicas. Es una vergüenza en la era en la que se discute la conveniencia de su responsabilidad penal.
- Capacitación del personal. Como en el colegio secundario se perdió instrucción cívica, y en las Facultades no se enseña para qué sirve cada organismo público, ni en los tribunales saben a quién hay que pedirle cada cosa, a partir de cómo es el funcionamiento de cada área del Estado, le terminan preguntando al Veraz.

#### VII. Final.

Debemos mejorar las instituciones. No debemos propiciar su descrédito y desprestigio, porque eso fomenta la desmoralización y no construye nada. Ej. tapas, reportajes, títulos y editoriales de varios diarios, nuestras conferencias, etc.: todo parece trágico.

Corrupción no es la suma de acciones delictivas individuales. Los delitos de los funcionarios, en el ejercicio de sus funciones, y de los particulares que afectan la A.P., se inscriben dentro de este concepto.

El bien jurídico Adm. 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.