

## **SE PRESENTA - FORMULA DENUNCIA – FUNDA – PRESENTA PRUEBA**

### **SEÑOR AGENTE FISCAL:**

Miguel Ángel BOLDU, por derecho propio, comparece ante V.S. con el propósito de **FORMULAR DENUNCIA**. Que impuesto de las penas con que la ley castiga al que denunciare falsamente un delito y al que afirmare una falsedad o callare la verdad, en todo o en parte ante la autoridad competente, según lo establecen los **Arts. 245, 275 y 276 del Código Penal** y en virtud del **Art. 285 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**, jurando decir verdad en todos mis dichos. DIGO: Ser de estado civil **DIVORCIADO**, nacido el 27 de Agosto de 1966 en **DON TORCUATO**, Partido de **TIGRE** Provincia de **BUENOS AIRES**, con domicilio real y legal constituido en calle Vicente López y Planes N° 1562 de la ciudad de Mar del Plata, con número de teléfono 471-0573, acreditar mi identidad con DNI N° 17.879.993, ser de profesión **TECNICO ELECTRONICO** y también laborar como responsable operativo de un Centro de Asistencia a Damnificados en Salud y Medio Ambiente.

-----

### **I. OBJETO:**

Que vengo por el presente en legal tiempo y forma de acuerdo al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, normas constitucionales, legislación vigente y ccs. a **FORMULAR DENUNCIA** contra: -----

El **Subsecretario de Ingresos Públicos a cargo de la Dirección Provincial de Rentas**, **Lic. Santiago MONTTOYA**, con domicilio laboral sito en calle 8 entre 45 y 46 CP 1900 – La Plata, Provincia de Buenos Aires, número de teléfono (0221) 429-4400, de demás circunstancias personales desconocidas por mí. -----

La **Jefa del Distrito Campana** de la **Dirección Provincial de Rentas**, **Sra. Liliana DELFINO**, con domicilio laboral sito en calle Jean Jaures N° 744 CP 2804 – Campana, Partido de Campana Provincia de Buenos Aires, número de teléfono (03489) 42-0576 / 5978, de demás circunstancias personales desconocidas por mí. -----

La **Jefa del Sector Exenciones** de la **Dirección Técnica Tributaria** de la **Dirección Provincial de Rentas**, **Sra. Dora Marta GARRO**, con domicilio laboral sito en calle 8 entre 45 y 46 CP 1900 – La Plata, Provincia de Buenos Aires, número de teléfono (0221) 429-4400, de demás circunstancias personales desconocidas por mí. -----

Ya que los hechos realizados por los denunciados se encuadran **presuntamente** en los delitos tipificados en los **Arts. 173 Inc. 7** (Defraudación especial), **174 Inc. 5** (Fraude a la Administración Pública), **248** (Violación de los deberes de Funcionario Público), **266 Inc. 1 punto d)** (Exacción Ilegal), **267** (Exacción Ilegal calificada por la intimidación), **268** (Concusión) y **277 Inc. 3 punto d)** (Omisión en la obligación de denunciar) del **Código Penal**; cometidos en perjuicio de la **Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos de Campana** con Personería Jurídica otorgada por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas – Matrícula INAES N° 273/BA y CUIT N° 30-54595949-2 con sede social y real en calle De Dominicis N° 734 de la localidad de Campana, Partido de Campana, Provincia de Buenos Aires. El monto aproximado de la exacción Ilegal asciende a **\$ 74.480,<sup>60</sup> (PESOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA CON SESENTA CENTAVOS)**. -----

### **II. HECHOS:**

Que en ocasión de realizar tareas de asesoría para la Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos se pudo constatar que la Dirección Provincial de Rentas envió -desde el mes de Diciembre de 1999- Cédulas de Intimación notificando la existencia de deudas por el Impuesto Inmobiliario que abarcaban el período 1992 – 1994 y reclamando su pago.

Que las autoridades de la Asociación Mutual elevaron nota de respuesta, recordando la condición de Asociación Mutual y de exenta del mencionado impuesto; quedando la nota sin respuesta de ningún tipo.

Que el 31 de Octubre de 2002 el **Director Provincial de Rentas** de ese momento **Cdor. Norberto Anibal JENORULEK** volvió a enviar una Cédula de Intimación notificando la existencia de deudas por el Impuesto Inmobiliario que abarcaba el período 2000 – 2002 y reclamaba su pago.

Que las autoridades de la Asociación Mutual elevaron una nueva nota de respuesta, recordando la condición de Asociación Mutual y de exenta del mencionado impuesto; elevando copia de las

constancias de inscripción de la Asociación Mutual ante el INAES y del Certificado de Exoneración de impuestos otorgado por la Dirección General de Rentas con fecha 09/06/1949; quedando la nota sin respuesta de ningún tipo.

Que los funcionarios de la Dirección Provincial de Rentas denunciados continuaron esta práctica, enviando boletas con deuda vencida, intimaciones y notas intimidatorias reclamando el pago del Impuesto Inmobiliario.

Que las autoridades de la Asociación Mutual se comunicaron en numerosas ocasiones con las autoridades locales de la Dirección Provincial de Rentas, no pudiendo obtener información sobre la situación planteada por Rentas; por el contrario, en tales comunicaciones se les reiteró la pretendida obligación de pago del Impuesto Inmobiliario.

Que esta situación de desinformación hizo que las autoridades de la Asociación Mutual se encontraran en un grado cierto de indefensión, lo que permitió a los funcionarios denunciados realizar los actos denunciados en perjuicio de la Asociación Mutual y del Estado Provincial.

Que en ningún momento la Entidad recibió comunicación fehaciente alguna de parte de la Dirección Provincial de Rentas comunicando la caducidad de la Exoneración Impositiva otorgada el 09 de Junio de 1949, la cual continúa vigente.

Que los funcionarios omitieron notificar al contribuyente la iniciación y trámite del expediente en el cual determinaron, constituyeron y liquidaron una deuda impositiva impropia e ilegal e intimando su pago –ya que la Asociación Mutual está debida y legalmente constituida y reconocida por la Autoridad de Aplicación de la Ley 20.321 de Mutualidades (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES) y tiene la exención al Impuesto Inmobiliario otorgado por una ley general (**Ley 10.397**, modificatorias y ccs. - **Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires**) y una ley especial de aplicación nacional (**Ley 20.321 de Mutualidades**)-.

Que siendo la función de la Dirección Provincial de Rentas **solo es de aplicación y control** de las leyes fiscales provinciales, esta se excedió en sus atribuciones naturales establecidas en los **Arts. 8 y 9 del Código Fiscal**.

Que los actos generados por los funcionarios responsables de la Dirección Provincial de Rentas sobrepasan los meros vicios administrativos para transformarse en presuntos actos dolosos establecidos en los **Arts. 266, 267 y 268 del Código Penal**. Actos que, a su vez, generan perjuicios al Estado Provincial haciéndolo responsable indirecto de sus acciones y consecuencias, de acuerdo a lo establecido en los **Arts. 173 Inc. 7 y 174 Inc. 5 del Código Penal**.

Que la presunta violación de los deberes de funcionario público establecida en el **Art. 248 del Código Penal** quedaría plasmada en el incumplimiento manifiesto en los procedimientos administrativos determinados por el Código Fiscal y la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires al realizar –en nombre y la autoridad del Estado Provincial- actos reñidos con el Derecho Administrativo, el Derecho Impositivo y el Derecho Penal y por las conductas dolosas establecidas en el **Art. 277 Inc 1 punto d) e Inc. 3 punto d) del Código Penal** cuando los funcionarios actuantes –al percatarse de la producción de hechos anómalos y presuntamente ilegales en la tramitación para exigir y cobrar indebidamente un impuesto- omitieron denunciar tales actos irregulares ante las autoridades administrativas y judiciales competentes; convirtiéndose en presuntos cómplices de los autores materiales, según lo norma el **Art. 287 Inc. 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. -----

**III. AGRAVIO:**

La Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos de Campana es particular damnificada y agraviada por los hechos denunciados, ya que los actos de **exacción ilegal y concusión** realizados en su contra produjeron un daño en su patrimonio social y financiero y han medrado su capacidad de subsistencia.

El delito ya se ha consumado, con la reiterada intimidación recibida. La Asociación Mutual ha debido resistir numerosas veces las intimaciones tratando de obligarlos a pagar indebidamente el Impuesto Inmobiliario. De haber prosperado el efecto de las amenazas de embargo e intervención de cuentas bancarias, ya habrían desembolsado la totalidad del monto exigido de \$ 74.480,<sup>60</sup>; lo cual les hubiera generado un perjuicio social y económico enorme en sus arcas sociales, lo que les hubiera obligado a tomar empréstitos por valores considerables para ellos para poder seguir realizando su objeto social.

A esta situación se suma la falta de reconocimiento –por parte de los funcionarios denunciados- del carácter social y sin fines de lucro de la Asociación Mutual y un completo desconocimiento del mutualismo; ya que los denunciados tomaron decisiones administrativas y ejecutaron actos de administración sin realizar las consultas técnicas correspondientes ante la Autoridad de Aplicación de la Asociación Mutual, el **Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES**. -----

**IV. LEGISLACION:**

## CÓDIGO CIVIL:

**Art. 1076.-** Para que el acto se repunte delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren.

**Art. 1077.-** Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona.

**Art. 1078.-** La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

**Art. 1079.-** La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.

**Art. 1081.-** La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal.

## CÓDIGO PENAL:

**Art. 173.-** Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

**7. El que**, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, **tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos**, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, **violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos**;

**Art. 174.-** (\*) **Sufrirá prisión** de dos a seis años:

**5 El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.**

En los casos de los dos números precedentes, el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua.

**6** (Incorporado por ley 25602, Art. 2). **El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento** o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o **destinado a la prestación de servicios**; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital.

En los casos de los tres incisos precedentes, **el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua.** (Párrafo según ley 25602, Art. 3).

En los casos de los dos números precedentes, **el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua.** (Párrafo según decreto ordenador 3992/1984).

(\*) El Art. 4 de la ley 25602, vetado por el decreto 1059/2002, disponía la incorporación del Art. 174 bis.

**Art. 248.- Será reprimido con prisión** de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, **el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias** a las constituciones o leyes nacionales o provinciales **o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.**

**Art. 266.-** (Texto según ley 25188, Art. 37). **Será reprimido con prisión** de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, **el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente**, por sí o por interpuesta persona, **una contribución**, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

**Art. 267.- Si se empleare intimidación o se invocare orden superior**, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, **podrá elevarse la prisión** hasta cuatro años **y la inhabilitación** hasta seis años.

**Art. 268.- Será reprimido con prisión** de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, **el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero** las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

**Art. 277.-** (Texto según ley 25815, Art. 2). 1. **Será reprimido con prisión** de seis (6) meses a tres (3) años **el que**, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

**d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.**

3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

**d) El autor fuere funcionario público.**

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

**LEY 10.397 – CODIGO FISCAL PROVINCIA DE BUENOS AIRES (T.O. resolución 120/2004 Ministerio de Economía del 26/07/2004; publ. 09/08/2004; ley 10397 sanc. 08/05/1986; promul. 12/05/1986; publ. 03/07/1986.)**

## **LIBRO PRIMERO: PARTE GENERAL**

### **TÍTULO I: ÁMBITO DE APLICACIÓN**

Art. 1.– **Este código regirá respecto de la determinación, fiscalización, percepción de todos los tributos** y la aplicación de sanciones **que se impongan en la provincia de Buenos Aires**, por los organismos de la administración central y organismos descentralizados **de acuerdo con las leyes y normas complementarias**.

Art. 2.– Toda ley, decreto, norma general, decisión de la autoridad de aplicación, cualquiera sea su forma, dictada a los fines previstos en el art. 1 de este código, tendrá vigencia a partir de los ocho (8) días siguientes al de su publicación en el Boletín Oficial de la provincia de Buenos Aires, salvo que la misma norma disponga expresamente otra fecha de vigencia.

Art. 3.– Para todos los plazos establecidos en días en el presente código y en toda norma que rija la materia a la cual éste sea aplicable, se computarán únicamente los días hábiles, salvo que de ella surja lo contrario.

Art. 4.– **Serán de aplicación supletoria** para los casos no previstos en este código **las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, los Códigos de Procedimiento de la provincia en lo Contencioso-Administrativo, en lo Civil y Comercial, en lo Penal y la Ley del Tribunal Fiscal de Apelación**.

### **TÍTULO II: DE LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO Y DE LAS NORMAS FISCALES**

Art. 5.– **Son admisibles todos los métodos para la interpretación de las disposiciones de este código y demás leyes fiscales**, pero en ningún caso se establecerán impuestos, tasas o contribuciones ni se considerará a ninguna persona como contribuyente o responsable del pago de una obligación fiscal, sino en virtud de este código u otra ley.

Art. 6.– **Para los casos que no puedan ser resueltos** por las disposiciones pertinentes de este código, **serán de aplicación sus disposiciones analógicas**, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, **las normas jurídico-financieras** que rigen la tributación, **los principios generales del derecho y subsidiariamente los del derecho privado**.

Art. 7.– Para determinar la verdadera naturaleza de los hechos imponible, se atenderá a los hechos, actos o situaciones efectivamente realizados, con prescindencia de las formas o de los actos jurídicos de derecho privado en que se exterioricen.

No obstante, la forma jurídica obligará al intérprete cuando la misma sea requisito esencial impuesto por la Ley Tributaria para el nacimiento de una obligación fiscal.

Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la Ley Tributaria se aplicará prescindiendo de tales formas.

### **TÍTULO III: DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN FISCAL**

Art. 8.– **Son autoridades de aplicación la Dirección Provincial de Rentas** y los organismos administrativos centralizados y descentralizados que por ley posean la facultad de recaudar gravámenes y aplicar sanciones en sus respectivas áreas.

Para el cumplimiento de estos fines los organismos de la Administración central y descentralizados están obligados a coordinar sus **procedimientos de control**, intercambiar información y denunciar todo ilícito fiscal. Asimismo deberán colaborar con los organismos nacionales y de otras provincias a los mismos fines, cuando existiere reciprocidad.

Art. 9.– **El director provincial de Rentas** o el funcionario con la máxima responsabilidad en los organismos de la Administración central o descentralizados con poder fiscal, **ejercerá la representación de los mismos frente** a los poderes públicos, **los contribuyentes** y los terceros.

Tales representantes podrán delegar sus facultades en forma general o especial en funcionarios de nivel no inferior al cargo de subdirector, gerente o similar, con competencia en la materia.

En el caso del director provincial de Rentas, y sin perjuicio de las delegaciones a que hace referencia tanto el párrafo anterior cuanto el art. 11, **dicho funcionario ejercerá las funciones de juez administrativo en la determinación de oficio de la materia imponible y gravámenes correspondientes**, en las demandas de repetición, **en las solicitudes de exenciones**, en la aplicación de multas y resolución de recursos de reconsideración.

Art. 10.– Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Economía, podrá convenir con las municipalidades de la provincia, la delegación de las facultades contenidas en los títs. VII, VIII y IX libro primero y las del art. 183 del presente ordenamiento.

Art. 11.– (Texto según ley 13145, art. 16) Secundarán al Director Provincial de Rentas hasta cinco (5) directores adjuntos, cuyas competencias serán establecidas por decreto del Poder Ejecutivo.

Los Directores adjuntos, de acuerdo al orden de prelación que establezca el Director Provincial, lo reemplazarán en caso de ausencia o impedimento, en todas sus atribuciones y funciones.

El Director Provincial, no obstante la delegación efectuada, conservará la máxima autoridad dentro del organismo y podrá avocarse al conocimiento y decisión de cualesquiera de las cuestiones planteadas.

Art. 11.- (**Texto según resolución ordenadora 173/1999 M.E.**) Secundarán al director provincial de Rentas, hasta tres (3) directores adjuntos.

A los directores adjuntos se les encomendará el ejercicio de las siguientes competencias:

- a) Planificación y control;
- b) Operaciones; y
- c) Legal y técnica-tributaria.

Los directores adjuntos, de acuerdo al orden de prelación que establezca el director provincial, lo reemplazarán en caso de ausencia o impedimento en todas sus atribuciones y funciones.

El director provincial, no obstante la delegación efectuada, conservará la máxima autoridad dentro del organismo y podrá avocarse al conocimiento y decisión de cualesquiera de las cuestiones planteadas.

#### **TÍTULO IV: DE LOS SUJETOS PASIVOS DE LAS OBLIGACIONES FISCALES**

Art. 14.– **Los contribuyentes** o sus herederos, según las disposiciones del Código Civil , los responsables y terceros, **están obligados al cumplimiento de las disposiciones de este código** y de las normas que establecen gravámenes.

Art. 15.– **Son contribuyentes** las personas de existencia visible, capaces o incapaces, las sucesiones indivisas, **las personas jurídicas**, las sociedades, **asociaciones y entidades, con o sin personería jurídica** que realicen los actos u operaciones o se hallen en las situaciones que las normas fiscales consideren causales del nacimiento de la obligación tributaria.

#### **TÍTULO VIII: DE LA DETERMINACIÓN DE LAS OBLIGACIONES FISCALES**

Art. 34.– **La determinación de las obligaciones fiscales se efectuará sobre la base de declaraciones juradas que los contribuyentes, responsables o terceros presenten a la autoridad de aplicación, o en base a datos que ésta posea** y que utilice para efectuar la determinación o liquidación administrativa, según lo establecido con carácter general para el gravamen de que se trate.

#### **TÍTULO XI: DEL PAGO**

Art. 99.– Salvo disposición legal en contrario, **las exenciones de gravámenes regirán a partir del momento en que el sujeto pasivo de la obligación fiscal reúna todos los requisitos exigidos por la ley y conservarán su vigencia mientras no se modifique el destino, afectación o condiciones de su procedencia.**

**La reglamentación determinará** en cada caso cuáles sujetos se encuentran alcanzados **por el deber de tramitar el acto declarativo del beneficio** o de denunciar su situación mediante declaración tributaria pertinente.

#### **TÍTULO XII: DE LOS PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACIÓN DE OFICIO Y EL CONTENCIOSO FISCAL**

Art. 122.– **Los contribuyentes** o responsables **podrán interponer ante la autoridad de aplicación, demandas de repetición de los gravámenes** y sus accesorios, **cuando consideren que el pago hubiere sido indebido o sin causa.**

En caso de que la demanda fuera promovida por agentes de recaudación, estos deberán presentar nóminas de los contribuyentes a quienes la autoridad de aplicación efectuará la devolución de los importes cuestionados, salvo que acrediten la debida autorización para su cobro.

Dicha autorización podrá acreditarse con el instrumento público correspondiente, o con cartapoder con firma autenticada por la justicia de Paz, o por escribano público, pudiendo otorgarse también ante la autoridad administrativa, la que contendrá una simple redacción de la identidad y domicilio del compareciente, designación de la persona del mandatario y mención de la facultad de percibir sumas de dinero; cuando se faculte a percibir sumas mayores al importe equivalente a dos (2) sueldos, correspondientes a la categoría 4 del personal de la

Administración Pública provincial, según ley 10430, se requerirá poder otorgado ante escribano público.

Exceptúanse de lo dispuesto precedentemente las demandas promovidas por escribanos, respecto de los gravámenes pagados o ingresados en las escrituras que hubieren autorizado, en cuyo caso la devolución se efectuará a los mismos, sin perjuicio de notificar a las partes contratantes en el domicilio que figura en la escritura.

La demanda de repetición será requisito para ocurrir ante la justicia.

Art. 123.– La demanda de repetición deberá contener:

a) Nombre completo y domicilio del accionante.

b) Personería que se invoque, justificada en legal forma.

c) Hechos en que se fundamente la demanda, explicados sucinta y claramente, e invocación del derecho.

d) Naturaleza y monto del gravamen y accesorios cuya repetición se intenta y períodos fiscales que comprende.

e) Acompañar como parte integrante de la demanda los documentos auténticos probatorios del pago del gravamen o accesorios que se repitan.

f) Para el caso de gravámenes pagados por escribanos en las escrituras que se hubieran autorizado, la demanda de repetición deberá ser acompañada por éstos con una declaración jurada del domicilio de los contratantes, si no surge de los testimonios adjuntados.

En el escrito inicial de la demanda, deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás admisibles, no admitiéndose otras después, excepto tratarse de hechos nuevos o documentos que no pudieran acompañarse en dicho acto pero que hubieran sido debidamente individualizados.

### TÍTULO XIII: DE LA PRESCRIPCIÓN

Art. 131.– **Prescriben por el transcurso de cinco (5) años las acciones y poderes de la autoridad de aplicación de determinar y exigir el pago de las obligaciones fiscales regidas por este código**, y de aplicar y hacer efectivas las multas y clausuras en él previstas, en el caso de contribuyentes y responsables inscriptos como también en el de sujetos pasivos no inscriptos que regularicen espontáneamente su situación.

Prescribe por el transcurso de cinco (5) años la acción de repetición de gravámenes y sus accesorios a que se refiere el art. 122.

Los términos de prescripción quinquenal establecidos en el presente artículo, comenzarán a correr para las obligaciones fiscales que se devenguen a partir del 1 de enero de 1996.

Art. 132.– La prescripción de las acciones y poderes de la autoridad de aplicación para determinar y exigir los tributos y sus accesorios, así como para aplicar y cobrar multas por infracciones fiscales, comenzadas a correr antes de la vigencia del artículo anterior, al igual que la de la acción de repetición de gravámenes y accesorios, se producirá de acuerdo al siguiente cuadro:

Las acciones nacidas durante el ejercicio fiscal 1986, prescribirán el 1 de enero de 1997.

Las acciones nacidas durante los ejercicios fiscales 1987 y 1988, prescribirán el 1 de enero de 1998.

Las acciones nacidas durante los ejercicios fiscales 1989, 1990 y 1991, prescribirán el 1 de enero de 1999.

Las acciones nacidas durante los ejercicios fiscales 1992, 1993 y 1994, prescribirán el 1 de enero del 2000.

Las acciones nacidas durante el ejercicio fiscal 1995, prescribirán el 1 de enero del 2001.

Art. 133.– Los términos de prescripción de las acciones y poderes de la autoridad de aplicación, para determinar y exigir el pago de las obligaciones fiscales regidas por este código, comenzarán a correr desde el 1 de enero siguiente al año al cual se refieren las obligaciones fiscales, excepto para las obligaciones cuya determinación se produzca sobre la base de declaraciones juradas de período fiscal anual, en cuyo caso tales términos de prescripción comenzarán a correr desde el 1 de enero siguiente al año que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas e ingreso del gravamen.

El término de prescripción de la acción para aplicar y hacer efectivas las multas comenzará a correr desde el 1 de enero siguiente al año en que haya tenido lugar la violación de los deberes formales o materiales legalmente considerados como hecho u omisión punible.

El término de prescripción de la acción de repetición comenzará a correr desde la fecha de pago.

Los términos de prescripción establecidos en los arts. 131 y 132 , no correrán mientras los hechos impositivos no hayan podido ser conocidos por la autoridad de aplicación por algún acto o hecho que los exteriorice en la provincia. Esta norma será de aplicación para las obligaciones de carácter instantáneo y para los tributos de base patrimonial en cuanto infrinjan normas de índole registral.

Los términos de prescripción a que alude el párrafo precedente, quedan limitados a cinco (5) años a partir del 1 de enero del año siguiente a la verificación de los hechos aludidos.

Art. 134.– La prescripción de las acciones y poderes de la autoridad de aplicación para determinar las obligaciones fiscales y exigir el pago de las mismas se interrumpirá:

- 1) Por el reconocimiento expreso o tácito de la obligación impositiva por parte del contribuyente o responsable;
- 2) Por renuncia al término corrido de la prescripción en curso;
- 3) Por el inicio del juicio de apremio contra el contribuyente o responsable en los únicos casos de tratarse de impuestos determinados en una sentencia del Tribunal Fiscal de Apelación debidamente notificada, o en una intimación o resolución administrativa debidamente notificada y no recurrida por el contribuyente o, en casos de otra índole, por cualquier acto judicial tendiente a obtener el cobro de lo adeudado.

En los casos previstos en los incs. 1) y 2) del presente artículo, el nuevo término de prescripción comenzará a correr a partir del 1 de enero siguiente al año en que las circunstancias mencionadas ocurran.

La prescripción de la acción para aplicar multas y clausuras o para hacerlas efectivas se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones, en cuyo caso el nuevo término de la prescripción comenzará a correr el 1 de enero siguiente al año en que tuvo lugar el hecho o la omisión punible.

La prescripción de la acción de repetición del contribuyente o responsable, se interrumpirá por la deducción de la demanda respectiva, el nuevo término de la prescripción comenzará a correr a partir del 1 de enero siguiente al año en que se cumplan los ciento ochenta (180) días de presentado el reclamo.

**Art. 135.– Se suspenderá por un (1) año el curso de la prescripción de las acciones y poderes de la autoridad de aplicación en los supuestos que siguen:**

a) Desde la fecha de intimación administrativa de pago de tributos determinados, cierta o presuntivamente, con relación a las acciones y poderes fiscales para exigir el pago intimado. Cuando mediare recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de Apelación o recurso de reconsideración ante el director provincial de Rentas, la suspensión, hasta el importe del tributo liquidado, se prolongará hasta noventa (90) días después de notificada la sentencia del mismo que declara su incompetencia, o determine el tributo, o apruebe la liquidación practicada en su consecuencia, o, en su caso, que rechace el recurso presentado contra la determinación de oficio.

La intimación de pago efectuada al deudor principal, suspende la prescripción de las acciones y poderes de la autoridad de aplicación respecto de los deudores solidarios.

b) Desde la fecha de la resolución condenatoria por la que se aplique multa. Si fuere recurrida ante el Tribunal Fiscal de Apelación o mediare recurso de reconsideración ante el director provincial de Rentas, el término de la suspensión se contará desde la fecha de la resolución recurrida hasta noventa (90) días después de que la sentencia o la resolución desestimatoria del mismo hayan quedado firmes o consentidas.

En caso que surja el impedimento previsto en el art. 16 , párr. 2, de la ley 23771, la suspensión de la prescripción se extenderá desde la fecha en que ocurra dicha circunstancia hasta el día en que quede firme la sentencia judicial dictada en la causa penal respectiva.

## **LIBRO SEGUNDO: PARTE ESPECIAL**

### **TÍTULO I: IMPUESTO INMOBILIARIO**

#### **Capítulo I: De los contribuyentes y de la base imponible**

Art. 143.– Los titulares de dominio, **los usufructuarios** y los poseedores a título de dueño pagarán anualmente por cada inmueble situado en la provincia, el impuesto establecido en la presente ley, cuyas alícuotas y mínimos serán los que fije la ley impositiva.

A efectos de lo dispuesto anteriormente, **se considera también como único inmueble a los fraccionamientos de una misma unidad de tierra pertenecientes a las plantas rural y subrural, como asimismo al conjunto de subparcelas de edificios destinados a hoteles, residenciales, o similares y a clínicas, sanatorios, o similares, subdivididos de acuerdo al régimen de propiedad horizontal, aunque correspondan a divisiones o subdivisiones efectuadas en distintas épocas**, cuando pertenezcan a un mismo titular de dominio sean personas físicas o jurídicas; **para el caso de estas últimas se considerará igual titular**

**cuando el antecesor en el dominio posea el setenta (70) por ciento o más, del capital social de la entidad sucesora.**

A los fines señalados en el párr. 1 de este artículo se determinará el impuesto de acuerdo a la alícuota aplicable, computando todos los bienes en esas condiciones.

### **Capítulo III:**

#### **De las exenciones**

Art. 151.— Están exentos de este impuesto:

**i) Las asociaciones y sociedades civiles con personería jurídica, en las cuales el producto de sus actividades se afecte exclusivamente a los fines de su creación y que no distribuyan suma alguna de su producto entre asociados y socios, y por los bienes inmuebles de su propiedad o cedidos en usufructo gratuito y siempre que se utilicen para los fines que a continuación se expresan:**

1. Servicio de bomberos voluntarios.
2. Salud pública, beneficencia y asistencia social gratuita.
3. Bibliotecas públicas y actividades culturales.
4. Enseñanza e investigación científica.
5. Actividades deportivas.
6. Servicio especializado en la rehabilitación de personas discapacitadas.

### **DECRETO LEY 7647/1970**

#### **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

##### **Ley de Procedimiento Administrativo**

sanc. 3/11/1970; promul. 3/11/1970; publ. 23/11/1970

**Art. 1.— Se regulará por las normas de esta ley el procedimiento** para obtener una decisión o una prestación **de la Administración Pública de Buenos Aires y el de producción de sus actos administrativos**. Será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales.

**Art. 81.— Toda persona que tuviere conocimiento de la violación de leyes, decretos o resoluciones administrativas, por parte de órganos de la Administración, podrá denunciarlo a la autoridad administrativa.**

**Art. 82.—** La denuncia podrá hacerse por escrito o verbalmente, personalmente, por representante o mandatario. La denuncia escrita deberá ser firmada; cuando sea verbal se labrará acta y en ambos casos el funcionario interviniente comprobará y hará constar la identidad del denunciante.

**Art. 83.—** La denuncia deberá contener de un modo claro, en cuanto sea posible la relación del hecho, con la circunstancia del lugar, tiempo y modo de ejecución y la indicación de sus autores y partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación.

**Art. 84.—** El denunciante no es parte en las actuaciones, salvo cuando por la denuncia se pretenda o reclame algún derecho.

**Art. 85.—** Presentada una denuncia, el funcionario que la reciba la elevará de inmediato a la autoridad superior de la dependencia, si no hubiera sido radicada directamente ante la misma, y ésta deberá practicar las diligencias preventivas necesarias dando oportuna intervención al órgano administrativo competente.

**Art. 103.—** Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que en su caso estuviere establecido. **El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico** y será adecuado a los fines de aquellos.

**Art. 108.—** Todo acto administrativo final deberá ser motivado y contendrá una relación de hechos y fundamentos de derecho cuando:

- a) Decida sobre derechos subjetivos.
- b) Resuelva recursos.
- c) Se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

**Art. 109.—** La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico.

**Art. 113.—** La autoridad administrativa podrá anular, revocar, modificar o sustituir de oficio sus propias resoluciones, antes de su notificación a los interesados. La anulación estará fundada en



razones de legalidad, por vicios que afectan el acto administrativo, y la revocación, en circunstancias de oportunidad basadas en el interés público.

**Art. 114.-** La Administración no podrá revocar sus propias resoluciones notificadas a los interesados y que den lugar a la acción contencioso administrativa, cuando el acto sea formalmente perfecto y no adolezca de vicios que lo hagan anulable.

**Art. 120.-** La elaboración de actos de carácter general, reglamentos administrativos y de anteproyectos de ley, se iniciarán por el ente u órgano de la Administración que disponga el Poder Ejecutivo.

**Art. 121.-** El órgano delegado realizará los estudios y obtendrá los informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de la iniciativa, acumulando los dictámenes y consultas evacuadas, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación.

**Art. 122.-** Toda iniciativa que modifique o tienda a sustituir normas legales o reglamentarias, deberá ser acompañada de una relación de las disposiciones vigentes sobre la misma materia y establecerá expresamente las que han de quedar total o parcialmente derogadas. Cuando la reforma afecte la sistemática o estructura del texto, éste se reordenará íntegramente.

**Art. 123.-** Los proyectos de actos de carácter general serán sometidos como trámite final, al dictamen jurídico del asesor general de Gobierno y la vista del Fiscal de Estado.

**Art. 124.-** La iniciativa podrá ser sometida a información pública por disposición y plazo que señale el Poder Ejecutivo. En este caso, podrá concederse a las organizaciones profesionales y gremiales, y demás entidades que ostenten la representación de intereses de carácter general, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe. Igualmente, se podrá requerir informes a sociedades o personas ajenas a la Administración.

## **V. DOCTRINA:**

### **Competencia Territorial:**

Con el objetivo de legitimar la competencia territorial de V.S., estimo adjuntar los siguientes apuntes de doctrina:

### **VIOLACION DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PUBLICO**

Para tener una imagen más nítida y amplia del grado de organización necesario para permitir estas acciones ilegales; es necesario hacer notar lo expresado en el apunte de doctrina **«Algunas consideraciones acerca de la conducta debida por los funcionarios públicos ante la presencia de delitos (ED, 188-907)»**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN- - II. EL CÓDIGO PENAL: A) EL ENCUBRIMIENTO. B) LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO. III. LA NACIÓN, LAS PROVINCIAS Y LOS MUNICIPIOS. - IV. LA LEY MARCO DE REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO NACIONAL. - V. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. - VI. NUESTRA OPINIÓN: A) UN APARENTE CONFLICTO NORMATIVO. B) EL ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES. C) LA HERMENÉUTICA QUE PROPONEMOS. - VII. LAS LEYES ESPECIALES. - VIII. LA COMUNICACIÓN. - IX. CONCLUSIONES. A) DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS DEBIDAS. B) A MODO DE JUSTIFICACIÓN "METAPOSITIVA".

### **I - Introducción**

La conducta que deben observar los funcionarios públicos<sup>[1]</sup> frente a los delitos que pudieren conocer en el ejercicio de sus funciones, es un tema que no ha concitado mayor interés en la doctrina y jurisprudencia vernáculas y que, sin embargo, plantea dificultades interpretativas a poco que se examinen los tres plexos normativos que lo tratan: el Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación y la reciente Ley Marco de Regulación del Empleo Nacional 25.164 [EDLA, 1999-B-123].

Estas dificultades, lejos de ceñirse a un marco estrictamente teórico, se proyectan sobre un sinnúmero de connotaciones prácticas.

Entendiendo que la clarificación de la cuestión reviste suma importancia, intentaremos un estudio sistemático de las normas contenidas en los cuerpos precitados que la regulan y propondremos, a través de una hermenéutica integrativa, una solución al planteo.

## II - El Código Penal

**A) El encubrimiento:** En el título XI: Delitos contra la administración pública, el Código Penal, en el Art. 277, Inc. 1° -según la redacción dada a la figura por la ley 23.468 [EDLA, 1987-A-233]- reprime como encubrimiento la omisión de denunciar el hecho delictual (después de su ejecución) estando obligado a hacerlo.

Recuerda NUÑEZ que en la legislación extranjera y en nuestros precedentes legislativos, el encubrimiento no había sido siempre un delito autónomo, sino regulado en la Parte General de los códigos penales junto con la autoría y la complicidad, como una de las formas de comisión de un delito y que, recién a partir del Proyecto de 1891 y de los de 1916 y 1917 y en el Código Penal de 1922, pasó a constituir un capítulo del título más arriba citado [2]. De esta manera, los distintos hechos del encubrimiento comprendidos en el capítulo constituyen delitos en sí mismos que, como tales, no son formas de participación en otro delito [3].

El tratamiento autonómico dispensado halla su justificación en la circunstancia de que los distintos hechos que dan lugar al encubrimiento, siempre estarán al margen del proceso de causación del delito. Subjetivamente es claro que no puede existir coincidencia con la autoría y, objetivamente, los hechos que lo configuran no son ni anteriores ni concomitantes sino posteriores al delito encubierto, por lo que lejos están de constituir aportes materiales para su producción. Esta autonomía de los hechos es la que, precisamente, justifica la autonomía de su pena, la cual no se encuentra proporcionada al delito encubierto.

B) La configuración del delito: De la lectura de la norma (Art. 277, Inc. 1°) se deduce claramente que el tipo penal exige la previa obligación de denunciar establecida en otra norma legal es decir, una remisión a otro precepto legal que establezca esa conducta debida. No es, entonces, el Código Penal quien obliga a denunciar. El Código Penal reprime a quien omite hacerlo, si está obligado a ello por otra ley.

Es ésta, por otra parte, la interpretación que dan la mayoría de los autores penalistas [4].

Efectuada esta necesaria precisión debemos ahora dilucidar si, en relación a los funcionarios públicos, existe tal ley que expresamente les imponga dicha obligación.

## III - La Nación, las Provincias y los Municipios

Es sabido que, conforme a la organización federal de nuestro país que regula la Constitución Nacional, los deberes de los agentes públicos están establecidos en leyes de carácter local, por lo que cada Provincia y la Nación tienen las suyas. La reforma constitucional de 1994, además, ha dispuesto que cada provincia debe dictar su propia Constitución ...asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (Art. 123).

Insistimos, pues, en este tema: el Código Penal rige en todo el territorio de la República, pero los deberes de los agentes públicos pueden variar -y de hecho así sucede en varios aspectos- según el lugar que corresponda. Más aún, si en una Provincia o Municipio, no hubiere ley provincial o municipal, que imponga al agente público esa obligación, las omisiones de esos agentes provinciales no configurarían el delito de encubrimiento.

## IV - La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional

Los derechos, deberes y prohibiciones de gran parte -no de todos- los agentes del Estado Nacional, están establecidos en la ley 25.164, denominada Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, que derogó su similar 22.140 [EDLA, 1980-19] que regulaba el titulado Régimen Jurídico Básico de la Función Pública.

El Art. 23 de dicha ley, en catorce incisos, hace una minuciosa enumeración de los deberes del personal, entre los que no incluye el de denunciar delitos. Sobre el tema, el inc. h) impone la obligación de llevar a conocimiento de la superioridad todo acto, omisión o procedimiento que causare o pudiere causar perjuicio al Estado, configurar delito, o resultare una aplicación ineficiente de los recursos públicos. Y contempla la posibilidad (podrá) de hacer conocer el acto, omisión o procedimiento de tales características, directamente a la Sindicatura General de la Nación, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas o a la Auditoría General de la Nación.

Esta norma sigue la misma directriz que la de su antecesora, la ley 22.140 (Art. 27, inc. h), sólo que complementándola -a nuestro juicio con acierto- al incluir conductas que impliquen una mala utilización de los recursos públicos como un supuesto específico de las que causen perjuicio al Estado, en concordancia con las normas que rigen la administración financiera del sector público nacional (ley 24.156 [EDLA, 1992354] y demás normas que son su consecuencia).

También resulta encomiable prever la posibilidad de hacer conocer directamente el acto, omisión o procedimiento que revista tales características, a la Sindicatura General de la Nación,

la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas o a la Auditoría General de la Nación, cuando se hallaren involucrados los superiores inmediatos del agente. Se llena así un vacío legislativo que, no sólo podía esterilizar la finalidad del deber impuesto, sino que también colocaba al funcionario público en una verdadera situación de violencia moral.

Vale decir que la norma que regula específicamente los derechos y obligaciones del personal del Poder Ejecutivo Nacional, como su antecesora, la ley 22.140, no le exige denunciar (a los jueces, al Ministerio Público o a la Policía), pero sí comunicar a la superioridad los actos, omisiones o procedimientos que pudieren configurar delito, aunque luego no exista condena. Conviene recordar que el derogado Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública, aprobado por decreto 6666/57 que rigió hasta el dictado de la ley 22.140, no contenía un precepto similar. Fue la ley 20.172 [ED, 42-1185] -Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional- la que, en su Art. 13, inc. p) (Deberes) estableció como uno de los deberes específicos de los agentes públicos el siguiente: Llevar a conocimiento de la superioridad todo acto o procedimiento que pueda causar perjuicio al Estado o configurar delito [5].

Es importante destacar que la ley 25.164 no se aplica a todos los que trabajan para el Estado Nacional, ya que el artículo 3° exceptúa expresamente al Jefe de Gabinete, a los ministros, al Secretario General de la Presidencia de la Nación, a los secretarios, subsecretarios, al Jefe de la Casa Militar, a las máximas autoridades de organismos descentralizados y otros casos que no interesa ahora mencionar.

## **V - El Código Procesal Penal de la Nación**

La ley 23.984 [EDLA, 1991-270] aprobó el Código Procesal Penal de la Nación derogando la ley 2372 que en 1889 había puesto en vigor el Código de Procedimientos en Materia Penal, que en el orden nacional rigió algo más de una centuria. En su Art. 177 dispone que tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio, los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones [6]. Hay aquí una regulación del problema distinta a la de la ley 25.164 y a la derogada 22.140, ya que claramente se impone la obligación de denunciar a todos los funcionarios y empleados estatales, sin exclusiones subjetivas, y se lo limita sólo a los delitos que se conocieren en el ejercicio de sus funciones.

Se trata, evidentemente, de una norma completamente extraña a un código de rito por cuanto se está refiriendo a una materia de fondo propia del derecho administrativo y no del derecho adjetivo. Esta imperfección de técnica legislativa no empece a la validez de la previsión normativa, pero debe tenerse en cuenta para su correcta interpretación.

Conceptualmente, la denuncia es un acto inicial de la instrucción del proceso penal que contiene el conocimiento del delito. Formalmente, si bien es algo más que un simple anoticiamiento, no implica sin embargo el ejercicio de la acción penal porque en sus efectos no trasciende más allá de ser el acto promotor de la acción y, en su caso, del procedimiento de oficio. En definitiva, es un acto de colaboración del particular para iniciar la persecución de los delitos, colaboración que normalmente es facultativa pero que en algunos casos se la prohíbe (v.gr. cuando se trata de parientes próximos) y en otros se la impone [7].

Es precisamente en el supuesto de los funcionarios y empleados públicos donde la doctrina procesalista cree encontrar el caso más generalizado de esta imposición a la que suele denominársela como denuncia profesional [8], justificándola en razón del interés del Estado en restablecer el orden jurídico perturbado por una acción criminal y en la circunstancia de que aquéllos forman parte de éste.

En esa línea de pensamiento, la justicia resolvió en un caso que incurre en el delito de encubrimiento previsto y penado por el Art. 277 del cód. penal, el tesorero de una entidad oficial que teniendo conocimiento con posterioridad a su perpetración de que se ha producido una malversación que daña a su principal, omite formular la pertinente denuncia que prescribe el Art. 164 (hoy 177) del cód. de procedimientos en materia penal y documenta, en cambio, un compromiso con el malversador en el que éste se compromete restituir lo sustraído [9]. Esta interpretación pudo tener cabida, como se verá, sólo hasta el dictado de la ley 20.172, a partir de entonces, estimamos, la correcta exégesis es otra.

## **VI - Nuestra opinión.**

**A) Un aparente conflicto normativo:** Llegados a este punto, cabe interrogarse sobre la relación entre el Código Procesal Penal de la Nación y la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, normas de igual rango y jerarquía en la denominada pirámide keiseniana (Art. 31, CN). ¿Se excluyen? ¿Se complementan? ¿Se superponen?

**B) El análisis de los antecedentes:** Parece necesario advertir, insistimos, en que el tema no ha merecido tratamiento por parte de nuestra doctrina administrativista al ocuparse de los deberes de los funcionarios públicos, ni antes ni después de la sanción de la ley 22.140, ni

siquiera efectuando una mención a la carga que les imponía el viejo Código de Procedimientos en Materia Penal [10].

La única excepción que hemos encontrado es un estudio donde incidentalmente se trata la cuestión al opinarse -en relación a las normas de fondo y de forma hoy derogadas-, que la primera establecía una variante más benigna que la segunda, puesto que el agente que informare al superior administrativo parecería quedar relevado de la obligación de presentarse conforme al Art. 164 (hoy 177) del Código de Procedimientos en lo Criminal [11].

La doctrina penal consultada analiza lo dispuesto por el Código Penal y por los códigos de procedimientos penales, pero no estudia su relación con el mencionado deber de comunicación de la legislación administrativa sobre el empleo público (antes la Ley de Régimen Jurídico Básico de la Función Pública y hoy la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional). La jurisprudencia penal tiene las mismas características de tratamiento -a nuestro criterio incompleto- de la cuestión, aun cuando resulta interesante destacar que en un fallo de la Cámara Criminal de General Pico calificó al Art. 277 in fine del cód. penal como ley penal en blanco ya que delega en la ley provincia; la indicación de los sujetos a los cuales ha de comprender [12].

La doctrina de la Procuración de Tesoro de la Nación sobre la obligación de denunciar del agente público, no es conducente. Por lo menos así parece de los dictámenes consultados.

Los dictámenes de los tomos 98, pág. 339; 131, pág. 390; 132, pág. 141 y 149, pág. 279, son de fechas anteriores al dictado del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública. Los de los tomos 166, pág. 244; 180, pág. 86 y 206, pág. 315, si bien son posteriores al Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, no consideran sus preceptos, haciendo jugar solamente al Código Penal y al Código Procesal. No hemos encontrado dictamen alguno que analizara las normas específicas administrativas (Art. 27, inc. g, Régimen Jurídico Básico de la Función Pública y el Art. 23, inc. h, ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional).

**C) La hermenéutica que proponemos:** En nuestro parecer, siempre prevalece la norma estatutaria aplicable a los funcionarios y empleados públicos. Pero debe efectuarse una distinción en el tratamiento de los dos regímenes profesionales.

Hasta la sanción de la ley 25.164 se presentaba esta situación: teníamos por un lado la obligación (comunicar) impuesta a los agentes estatales por el inc. g) del Art. 27 de la ley 22.140 y por el otro la que también pesaba sobre ellos (denunciar) a tenor de lo preceptuado por el Art. 177 del cód. procesal penal de la Nación. Para sortear la contradicción que existía entre ambas disposiciones estimábamos que para el personal regido por la primera ley se aplicaba el Art. 27, inc. g) y no el Art. 177 del cód. procesal penal. Para llegar a esta conclusión bastaba con hacer uso de un viejo principio jurídico receptado por toda la doctrina y jurisprudencia: la ley general no deroga a la particular [13]. La primera era una norma específica, particular, que contemplaba los deberes de ese personal en forma distinta al Código Procesal Penal, este último es una norma general aplicable a todos los funcionarios y empleados públicos nacionales no alcanzados por la ley 22.140 [14].

Con la sanción de la ley 25.164 la solución a la que arribamos es la misma, bien que al fundamento apuntado que mantiene su validez (la ley especial prima sobre la *general*), *cabe* agregar otro.

Para KELSEN y su discípulo MERKL, las normas tendrían una suerte de vocación de eternidad, porque una vez dictadas conservan su validez hasta que no se las derogue expresamente en virtud de que su relación con las normas superiores -lo cual determina en su concepción su validez- permanece invariable a través del tiempo. Sin embargo los romanos -imbuidos de un gran sentido práctico- ya habían advertido que la solución correcta era asignarle a la norma más reciente una preponderancia sobre la más antigua, de tal modo que el conflicto entre dos normas de igual jerarquía se resolviera por la derogación tácita de la norma anterior por la posterior: *lex posterior derogat priori* [15].

Vale decir que, con el nuevo plexo regulatorio de la función pública, a la nota de especificidad que hemos desarrollado se agrega el argumento de tratarse de una ley posterior en el tiempo al Código Procesal Penal que, en esta materia y para los agentes alcanzados por la ley 25.164, resulta derogado tácitamente. Pensamos que es clara la prevalencia de esta última ley sobre el Código [16].

## VII - Las leyes especiales

Lo expuesto en los capítulos anteriores, tiene como excepción la existencia de leyes especiales que impongan a ciertos funcionarios una conducta determinada.

Por ejemplo: el Art. 26 de la ley 24.284 [EDLA, 1993-B-1395] impone al Defensor del Pueblo la obligación de comunicar de inmediato al Procurador General de la Nación los hechos presumiblemente delictivos que conozca en razón del ejercicio de sus funciones. El Art. 18 de la Ley Penal Tributaria 24.769 [EDLA, 1997-A-97] dispone que el organismo recaudador formulará

denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria, o de inmediato cuando no corresponda la determinación de la deuda.

Cuando se presenten regulaciones como las indicadas a título de ejemplo, el funcionario deberá cumplimentar en primer lugar la norma especial que prevalecerá sobre lo dispuesto por la ley 25.164.

## VIII - La comunicación

Por último parece importante definir concretamente este deber de comunicar al superior.

Esta comunicación deberá ser precisa, concreta, individualizando los hechos, actos o procedimientos sospechosos. No será suficiente una información global o indiferenciada o ambigua. Creemos que no se cumple con el deber impuesto cuando se eleva un informe o estudio dentro del cual se mencionan hechos, actos o procedimientos observados o señalados por otras causas. Todas estas exigencias responden a varias razones obvias: la transparencia, la eficacia de la comunicación y no sorprender al superior destinatario de la comunicación. Sólo así se cumple con la exigencia legal y sólo así se produce el traslado de la responsabilidad al superior.

Se requiere una comunicación formal y por escrito, indicándose el lugar y fecha en que se hace y contendrá la firma de quien la formula, ya que es ésta la forma habitual de actuación de los órganos administrativos. Sólo por excepción y si las circunstancias lo permitiesen, podrá utilizarse una forma distinta por aplicación del principio establecido en el Art. 8° de la ley 19.549 (ED, 42-917).

En la medida que se cumpla con los requisitos mencionados, no vemos obstáculo en que la comunicación sea hecha en forma asertiva o en consulta. La primera será cuando se hace saber la comisión de un delito o la probabilidad de que ello ocurra. La comunicación será en consulta cuando el funcionario tenga razonables dudas sobre la existencia de un delito y lo exprese en esta forma -clara en la exposición- pero dubitativa en el encuadre jurídico.

La Ley Marco no fija el plazo que el agente público tiene para efectuar esta comunicación al superior. Es una omisión importante sobre una cuestión de indudable interés práctico, que deberá ser considerada por vía reglamentaria, ya sea por el Poder Ejecutivo Nacional, o los ministros para sus respectivos departamentos o por las autoridades superiores de las entidades descentralizadas para el personal de las mismas.

## IX - Conclusiones

**A) Delimitación de las conductas debidas:** La línea argumental que hemos expuesto lleva a concluir que, cuando los agentes públicos regulados por la ley 25.164 en el ejercicio de sus funciones toman conocimiento de hechos, actos o procedimientos que puedan configurar delito -y ahora también prácticas ineficientes deben comunicarlos a sus superiores jerárquicos. Cuando la noticia llegue a nivel de un ministro, secretario, subsecretario, secretario de la Presidencia de la Nación o autoridad superior de una entidad descentralizada, éstos deberán efectuar la correspondiente denuncia ante un juez, ministerio público o autoridad policial.

Si los primeros no efectúan la comunicación, incurrirán en responsabilidad disciplinaria por incumplir con un deber establecido en la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional y se harán pasibles de recibir una sanción disciplinaria. Si los segundos no denuncian incurrirán en responsabilidad penal y deberán ser procesados y penados por encubrimiento.

**B) A modo de justificación metapositiva [17].** A las razones de carácter estrictamente jurídico que hemos reseñado, se pueden añadir otras de índole práctico y de equidad que aconsejan el criterio expuesto. De un lado, porque los niveles inferiores del personal suelen no encontrarse en condiciones para actuar con libertad, ni tienen acceso a la consulta y al asesoramiento previos para que puedan denunciar con fundamentos razonables. Y de otro, por cuanto resultaría a todas luces disvalioso que la ley propiciara por esta vía, una profusa deducción de denuncias carentes de un mínimo sustento.

[1] El examen de la legislación y jurisprudencia nacionales de los últimos tiempos permite apreciar el empleo indistinto de las expresiones funcionario público, empleado público y agente público. Con ese significado equivalente se tratan esas nociones en este trabajo, sin desconocer la existencia de posturas doctrinarias que preconizan su distinción, pero que, a nuestro modo de ver, nada aportan a la solución del asunto que aquí tratamos. La ley 25.164, por otra parte; utiliza los términos personal y agente.

[2] NUÑEZ, RICARDO C., Derecho Penal Argentino, Parte Especial-VIII, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1959, pág. 173.

- [3] NUÑEZ, RICARDO C., ob. y loc. cit. En contra: RUBIANES, CARLOS J., El Código Penal y su interpretación jurisprudencial, t. IV, Depalma, Bs. As., 1971, págs. 425 y 426; para quien el encubrimiento no constituye en sí un delito independiente sino que, al igual que la tentativa, debe referirse a un delito determinado
- [4] Así se expiden, entre otros: NUÑEZ, RICARDO C., ob. cit., pág. 187, quien señala que sólo pueden ser sujetos activos de este delito las personas que por su profesión liberal o su empleo público, están obligadas a denunciar los delitos de acción pública de que hayan tenido noticia en el ejercicio profesional o funcional FONTÁN BALESTRA, CARLOS, Tratado de Derecho Penal, t. VII, Abeledo-Perrot, Bs. As., págs. 408, 1071; SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, t. V, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1992, pág. 343, enseñando que la figura del encubrimiento guarda estrecha relación con disposiciones procesales y administrativas que fijan en ciertos casos la obligación de denunciar.
- [5] El tratamiento específico que señalamos comienza, pues, con esta ley que rigió entre el 26-2-73 y el 13-1-80 y que en su Art. 6° había dispuesto la vigencia del decreto 6666157 en todo lo que no se opusiera a ella.
- [6] El código derogado establecía en su Art. 164 de una manera muy similar que: Toda autoridad o todo empleado público que en ejercicio de sus funciones adquiriera el conocimiento de un delito que dé nacimiento a la acción pública, estará obligado a denunciarlo a los funcionarios del ministerio fiscal, al juez competente o a los funcionarios superiores de policía en la Capital y territorios federales. En caso de no hacerlo, incurrirán en las responsabilidades establecidas en el Código Penal
- [7] Cf. CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., Derecho Procesal Penal, t. II, pág. 427, actualizado por CARLOS ALBERTO CHIARA DÍAZ, Rubinzal-Culzoni, Bs. As.
- [8] DONNA, EDGARDO A. y MAIZA, MARTA C., Código Procesal Penal y disposiciones complementarias, comentado, anotado y concordado, Astrea, Bs.As., 1994, págs. 19213; CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., ob. cit., pág. 432; CREUS, CARLOS, Derecho Procesal Penal, Astrea, Bs. As., 1996, pág. 31; MANIGOT, MARCELO, Código de Procedimientos en materia penal (anotado y concordado, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, pág. 239; ODERIGO, MARIO, Derecho Procesal Penal, Depalma, Bs. As., 1980, pág. 322, haciendo este autor la salvedad de que la remisión que efectuaba el artículo 164 del Código derogado no podía tener como consecuencia elevar la simple omisión de denuncia a la categoría de delito y hacerla punible conforme a la ley de fondo, porque la norma de rito es de aplicación local y las incriminaciones según nuestro orden constitucional deben ser uniformes para todo el país, concluyendo que la omisión de denuncia sólo podía ser reprimida con las penas previstas en el Art., 277 del cód. penal cuando configurara el delito de encubrimiento, es decir, cuando fuera dolosa.
- [9] CNFed., sala Criminal y Correccional, 281811970, Durañona, Carlos y otros LL, 142-604, 26,268-S.
- [10] VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, Derecho Administrativo, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As.; BIELSA, RAFAEL Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As., 1956; CANAS, JOSÉ, Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As., 1972; DIEZ, MANUEL MARÍA, Derecho Administrativo, Plus Ultra, Bs. As., 2ª Ed., FIORINI BARTOLOMÉ, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2ª ed.; MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983.
- [11] CASTRO DASSEN, HORACIO N., La obligación del funcionario público de denunciar delitos, LL, 19851-835.
- [12] Sentencia del 18/12/1978, citada en LL, 1990-C-595, 5.
- [13] Sobre el estudio del conflicto de leyes en el tiempo enseñan ZORRAQUÍN BECÚ y MOUCHET que el problema es más complejo cuando el conflicto se plantea entre una ley general y otra especial dictadas en diferentes épocas. En principio la ley general posterior no deroga la ley especial, sino cuando esa intención resulte claramente manifestada o ésta sea contraria al espíritu que anima aquélla. En cambio, la ley especial deroga -en materia a la cual se refiere- los preceptos contenidos en la ley anterior de alcance general (Introducción al Derecho, Perrot, 41 ed., Bs. As., 1959, págs. 17617).
- [14] Por eso no compartimos la opinión de GERMÁN J. BIDART CAMPOS quien, al referirse al Art. 277, inc. 1° del cód. penal decía que había una especie de reenvío a otra norma inferior que, a su entender, era el Código Procesal Penal (Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico, Nota a Fallo en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley del 14/211998). Aun coincidiendo en cuanto al reenvío, consideramos que debía realizarse no hacia la norma de forma sino a la norma de derecho administrativo que legisla los deberes de los funcionarios públicos.
- [15] Cf. AFTALIÓN, ENRIQUE y VILANOVA, JOSÉ, Introducción al Derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, págs. 544/5. Estos autores citando un trabajo que, con perspectiva

egológica realizara ESTEBAN YMAZ, señalan que el fundamento filosófico dei adagio romano está en el hecho de que no se trata de considerar a las normas como meros pensamientos intemporales, sino como el pensamiento normativo que efectivamente se da en una comunidad determinada. Agregan que ésta es una característica que vincula a la norma con el tiempo y que, precisamente, hace posible que pueda díscurrírse acerca de su temporalidad, ya que el pensamiento normativo que da expresión al proyecto-programa comunitario perdura en el tiempo en la medida que logre dar adecuada comprensión a la conducta. Por ello, sostienen que la norma formulada en el presente deroga tácitamente todas las normas anteriores de igual jerarquía que estén en conflicto con ellas porque es obvio que siempre habrá una mejor comprensión de la conducta con el pensamiento comunitario formulado en el presente, que con el que se formuló en el pasado y que el conocimiento de la conducta que pueda emprenderse para un caso cualquiera por el intérprete lleva en sí, en forma más o menos explícita la totalidad de las nomas que integran el ordenamiento. Pero ese conocimiento, advierten, se ejerce en un tiempo determinado y el ordenamiento no existe en sí mismo como tal sino que es construido por el juez, el funcionario o el jurista a partir de la exigencia de unidad (norma fundamental) por un lado y de su propia condición de miembros o partícipes de esa comunidad y ese ordenamiento por el otro. En suma, concluyen que esta última condición vincula dicha tarea no solamente con la efectividad del ordenamiento en su conjunto, sino también con el tiempo presente y no es, pues, extraño que, encontrada la norma de data más reciente que da sentido al caso, deba dejarse de lado toda noma anterior que esté en conflicto con aquélla.

- [16] Como así también, durante la vigencia de las leyes 20.172 y 22.140 debía estarse a la primacía de éstas sobre la ley 2372 (Código de Procedimientos en Materia Penal) por ser posteriores y especiales en el tratamiento de la materia. ,
- [17] Sin dejar de tener en cuenta el esencial principio hemenéutico -que creemos haber respetado en nuestro discurrir- de que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y que como lo ha sentado la inveterada doctrina de nuestro más Alto Tribunal, cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regia más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador. (Fallos, 299:167).

Fin del apunte.

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / 05.- Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos**

### **DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PUBLICA**

- Villada, Jorge L.

LexisNexis - Abeledo-Perrot

1999

### **CAPÍTULO XVII - ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DEL FUNCIONARIO PÚBLICO**

#### **I. FÓRMULAS LEGALES**

##### **Argentina**

Artículo 248

**"Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere".**

Artículo 144 bis

"Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

"2º) El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales".

##### **Brasil**

Artículo 350

*"Pena - detenção de 1 (um) mês a 1 (um) ano.*

*"IV. Efectua, com abuso de poder, qualquer diligência".*

Artículo 322. Violência arbitrária

*"Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la: Pena - Detenção de 6 meses a 3 anos, além da pena correspondente a violência".*

**Chile**

Artículo 255

"El empleado público que desempeñando un acto de servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas...".

Artículo 258

"El empleado público que solicitare a mujer que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio".

**México**

Artículo 215

"IX. Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio;

"XII. Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación.

"Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión, de 50 hasta 300 días de multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Igual sanción se impondrá a las personas que acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII.

"Al que comete el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, se le impondrán de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos".

Artículo 225

"Son delitos contra la administración de justicia cometidos por servidores públicos, los siguientes:

"VI. Dictar a sabiendas, una resolución de fondo que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley...".

**El Salvador**

Artículo 428

"El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que en el desempeño de su función realizare o permitiere que un tercero lo hiciere, cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación o atropello contra las personas o daño en los bienes, o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio, será sancionado con prisión de seis meses a tres años".

**Honduras**

Artículo 349

"Será castigado con reclusión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena:

"2. El funcionario que dictare o ejecutare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes, o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere".

**Colombia**

Artículo 149 (Prevaricato por acción)

"El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres a ocho años; multa de cincuenta a cien salarios mínimos mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta el mismo tiempo de la pena impuesta".

**Bolivia**

Artículo 152

"El funcionario público o autoridad que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, incurrirá en reclusión de un mes a dos años".

**Uruguay**

Artículo 162



"El funcionario público que, con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del código, será castigado con prisión de tres a veinticuatro meses e inhabilitación especial de dos a seis años".

## II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El primer pensamiento que viene a la mente del ciudadano común, cuando escucha hablar de este delito, es que a veces los funcionarios cometen abusos, atropellos o desmanes en sus funciones y *en contra* del pueblo; y que por ello son o deben ser castigados.

En verdad, este que pareciera ser un instinto natural de los gobernados, es lo más cercano que se halla del concepto jurídico-penal de este delito.

Esto es así, porque **el poder que detenta un servidor público en los actos que desarrolla con ocasión de sus funciones**, en sentido genérico, **reconocen su fuente de origen y necesidad en las facultades, aptitudes o atribuciones que se le otorgan para hacer o dejar de hacer lícitamente algo propio de su competencia**.

**En un régimen republicano y democrático**, sometido a un ordenamiento constitucional, **no se puede concebir ni admitir, que algún funcionario actúe fuera de los límites de ese mandato; o contrariando aquellas leyes que en sentido lato o estricto, regulan y legitiman los actos propios de su función**. Y no se puede tolerar esta clase de inconductas, si queremos ver crecer y fortalecer, algunos inestables y a veces inmaduros sistemas institucionales.

**Explicaba Francesco Carrara y más sucintamente pero en forma tan clara como aquél, Sebastián Soler**, que **por abuso de autoridad** tradicionalmente **se entendieron tres clases de conductas**:

A. Aquellas en que el funcionario público *aprovechando* de sus funciones sacaba beneficio patrimonial de las mismas;

B. Aquellas que eran **delitos comunes a todos los ciudadanos, pero que al funcionario público le otorgaban un cierto grado de impunidad en razón de su situación**;

C. Aquellas conductas que **extralimitando las atribuciones y facultades que le confiere el cargo, se cometen vulnerando al orden jurídico que limita su función**.

Pero en este caso, según Carrara, debe distinguirse:

a. Extralimitación de atribuciones no criminosa. En la que se daba como ejemplo al juez que aprehende a un delincuente en flagrancia (sin tener facultades, pero en favor de la justicia pública).

b. La extralimitación criminal, por la maldad del fin o de los medios.

Estas últimas son las que constituyen el delito que analizamos. Es que si se recorre la historia institucional y política de nuestros estados en su actual concepción, encontraremos sus orígenes en aquella concepción liberal que engendró al mismo; el iluminismo, la ilustración o *aufklärung*.

De aquella necesidad racional y natural de neutralizar el excesivo poder del Estado para evitar los abusos respecto del ciudadano, nació la primer garantía en favor del mismo: *La división de los poderes* que magistralmente explica Montesquieu.

Estas funciones eran encarnadas por personas a quienes la sensualidad del "poder" tarde o temprano podía llevarlas a cometer excesos (y la historia de la humanidad está plagada de ejemplos).

¿Cómo limitar sus conductas? ¿Qué podría ponerse por encima del poder de los hombres, que liberado de toda pasión gobernara omnipresente a una comunidad, limitando a sus gobernantes y regulando el uso de sus facultades?

El único medio era la ley. Pero en nuestras repúblicas modernas debía existir una *ley basal*, que fundara el Estado, que fuera la madre de todas las leyes, que designara sus autoridades, que le otorgara sus facultades, que implementara sus instituciones, que consagrara los derechos y garantías del ciudadano y que impusiera los límites. Todo ello en base a una filosofía de vida, a un proyecto de sociedad con forma política determinada. Y eso es justamente una constitución.

Feuerbach decía que por este delito, debía entenderse el ejercicio de violencia antijurídica sobre la persona de un súbdito, bajo la apariencia de un deber funcional. Y lo llamaba *abuso de la función pública* en sentido estricto.

Identificaba e imputaba esencialmente como autores de estos delitos, a los jueces que se extralimitaban en el uso de su poder represivo, para someter un inocente o para conculcar los derechos del acusado.

Son diferentes, las valoraciones que efectúan las legislaciones descriptas, respecto al bien jurídico protegido con estas figuras, por lo que los analizaremos separadamente y sin perjuicio de haber eliminado de este capítulo algunas conductas, que reubicamos en otros capítulos de este trabajo y donde nos parecieron sistemáticamente adecuados.

Obsérvese sin embargo como nota común, que en la mayoría casi absoluta de las normativas reproducidas al comienzo de este capítulo, se da el **"abuso de poder"**, entendiendo por tal, **el accionar que persigue fines ilícitos o arbitrarios; o que se desenvuelve a través de medios reprobables, vulnerantes de garantías esenciales de la persona o de procedimientos establecidos por las leyes.**

#### **Argentina - Bolivia**

Podemos decir con poco margen de error que el ***bien jurídico protegido*** para estos países en esta clase de delitos, **es la preservación y vigencia irrestricta de las leyes y las constituciones en cuanto incumbe su cumplimiento y efectiva aplicación (tanto desde una óptica sustancial como formal), en relación con la función que se desempeña.**

La única diferencia, radica en que Argentina hace referencia a sus leyes nacionales y provinciales, puesto que en razón de su organización federal, posee ambos niveles normativos, mientras que Bolivia con su organización unitaria (como la mayoría de los países latinoamericanos, hace referencia a normativa nacional únicamente).

Para redondear esta idea reproducimos una cita de **Ricardo Núñez** respecto al proyecto del Código Penal argentino de 1881, cuando dice que bajo el nombre de ***abuso de autoridad o violación de los deberes del funcionario público***, se prevé **"el delito del funcionario público que, traicionando la confianza depositada en él por el pueblo o por alguno de los poderes públicos, usa la autoridad recibida como un instrumento para violar la Constitución o las leyes cuyo guardián celoso debiera ser"**. Esta definición, es exactamente reproducida por varios fallos jurisprudenciales permanentemente (C.N.C.C., Sala V, 26-II-1982 , E.D., 106-177; C.C. Concordia, 29-V-1978).

En el artículo 144 bis, que hemos incluido expresamente, se pretende evitar *toda forma de abuso funcional*, que lleve a cabo un servidor público, valiéndose de una forma de poder que detenta, respecto al ciudadano común o a inferiores jerárquicos.

Así entendido el bien jurídico protegido, podemos igualmente expresar, que toda reglamentación o normativa de inferior jerarquía a la expresamente mencionada en el tipo, no goza de protección penal, según esta figura.

Se discute sin embargo, si corresponde tipificar o no como delito, aquellas conductas que infringen reglamentos o prescriptos de autoridad, que remiten a las leyes provinciales o nacionales o que tienen su causa en ellas. Creemos que en todo caso, deben excluirse tales normativas, pues la prohibición de interpretaciones analógicas o de extender el ámbito de punibilidad de la ley *in malam partem* limitan toda posibilidad al respecto.

#### **Honduras - Uruguay**

Estas legislaciones se asemejan a la argentina, al establecer una genérica protección al ejercicio de la función conforme obviamente a las leyes o a la constitución, por lo que nos remitimos a la explicación antes expresada.

#### **Colombia**

Esta legislación intenta evitar mediante la disposición enunciada, los abusos funcionales en violación a las leyes de ese país. Se pretende preservar la legalidad de las resoluciones o dictámenes.

#### **Brasil y Chile**

Estos países genéricamente protegen con esta figura los abusos referidos a la libertad de las personas, razón por la que hemos transferido tales normas al capítulo que denominamos *abusos contra la libertad* y a cuya lectura remitimos.

Sin embargo, en el caso brasileño el inciso 4º, genéricamente refiere a esta figura tal como la entendemos, cuando penaliza cualquier acto realizado con abuso de poder y a la hora de definir esta conducta la explicación que hemos dado en el caso argentino, resulta suficiente. Y en su artículo 322, se protege la dignidad de las personas sometidas a cualquier acto de autoridad (*idem* Argentina, Art. 144 bis), que sea víctima de un acto violento por parte del ejecutante del acto.

Paradójicamente, en nuestros estudios sobre *victimología*, encontramos como definición de *violencia*, la agresión proveniente de una relación de desequilibrio de poderes, en la cual, el más fuerte aprovecha de su situación de preeminencia frente al más débil.

Por su parte, en el caso de Chile, se pretende impedir el aprovechamiento que de su función hace un servidor público, vulnerando la dignidad (Art. 255); o la honestidad y la libertad de disposición sexual de una mujer sometida a la autoridad (Art. 258), aunque no entendemos por qué no de cualquier persona, si hay casos conocidos.

Ronda en el espíritu de esta ley, la genérica explicación que dábamos en el caso brasileño.

## El Salvador

En el primer párrafo del artículo 428, la protección penal coincide genéricamente con la que describiéramos en la ley Argentina, ya que protege la legalidad, la equidad y la razonabilidad del acto funcional sea que lo desempeñe el funcionario público o lo realice un tercero por cuenta de aquél.

## III. CONDUCTAS TÍPICAS

En las legislaciones analizadas creemos encontrar las siguientes formas de vulnerar el *bien jurídico protegido*.

### Argentina - Honduras - Colombia - Bolivia

a) **Dictar resoluciones contrarias a las leyes o constituciones** sean éstas nacionales o provinciales. Presupone producir una resolución, formalmente, con los requisitos que ella implica en cada caso, sea en forma verbal o escrita.

Esta resolución, *contiene una decisión de la autoridad* pública, en relación a un determinado asunto, sobre el que el funcionario se expide.

No se castiga el hecho de que la resolución no se ajuste a las prescripciones que la reglamentación imponga.

**Se reprime, que lo allí dispuesto o resuelto, *violente sustancial o formalmente*, una ley o una disposición constitucional (provincial o nacional).**

**Esta transgresión** puede serlo **contra la ley o constitución** genéricamente, **contra cada una de sus disposiciones**, o **contra derechos o deberes consagrados** por cualquiera de estas disposiciones. O sea que esta violación puede tener carácter formal o sustancial. Así, la jurisprudencia, ha dicho respecto a los aspectos formales, que:

"Uno de los supuestos de la ilegitimidad que importa el dictado de resolución con *abuso de autoridad*, radica en que el funcionario, actuando dentro de facultades concedidas por la ley, las ejerce arbitrariamente (C.N.Fed.C. y C., Sala I, 2-II-1988).

b) **Dictar una orden contraria a las leyes o constituciones**. La orden tiene normalmente un carácter ejecutivo. Puede ser verbal o escrita. Es un acto de autoridad. De disposición de facultades que se detenta, y se imparten para que otro las ejecute.

Se diferencia de la anterior, porque aquélla debe contener una motivación o considerandos, en base a los cuales se adopta la decisión. En este caso, ello no es necesario.

c) **Ejecutar o hacer ejecutar una orden o resolución en contra de la ley; o a la Constitución (provincial o nacional)**. Además de castigar a quien dictó, **se reprime a quién -siendo funcionario público- la ejecuta o la pone en práctica**. Para ejemplificar mejor esta conducta y la anterior, diremos que se castiga al juez que dicta una resolución privativa de libertad manifiestamente ilegal y al policía que la ejecuta. El juez, entra en las categorías anteriores. El policía, en la presente.

Claro que para que el funcionario *ejecutante* sea responsable, la orden o resolución que ejecuta, debe ser *manifiestamente ilegal* y el funcionario ejecutante, *tener posibilidad de revisar la decisión del superior*.

La Corte Suprema de Tucumán, República Argentina, ha expresado:

**"Requisito para su configuración: Se requiere que el uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica por parte de un funcionario, lo sea obrando dentro de la esfera de la propia competencia, y dentro del círculo de su propia autoridad" (22-III-1982, E.D., 106-177).**

En todos los casos de estos países, se podrá ver que hay una especie de requisito de *entidad*, insoslayable y esto es que la conducta del agente, *sea contraria a una ley o constitución*.

Múltiples fallos se han encargado de reafirmar esta cuestión que al estar prevista en el tipo penal argentino, no puede ser omitida, al considerar la configuración del delito. Conforme a ello se ha expresado:

"El dictado de una resolución u orden contraria a un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, no se encuentra tipificado en el artículo 248 del Código Penal argentino, 'Incumplimiento de los deberes de funcionario público'" (C.Fed. Paraná, 6-X-1967; C.C. Concordia, 29-V-1978, etc.).

"Aun cuando la resolución dictada por el procesado en la calidad de Presidente del Banco Central de la República Argentina, pudiere ser tachada de irregular, su conducta no puede ser inculpada por abuso de autoridad, puesto que no violó sino una reglamentación de la entidad a su cargo y no una ley nacional" (C.N.Fed.C. y C., Sala I, 2-II-1988).

No obstante, algunos fallos como el que reproduciremos seguidamente, equiparan algunos decretos a la voz "ley", porque en base a su naturaleza, función y destino, forman parte de la misma:

"El decreto que reglamente una ley, constituye 'ley', en el sentido exigido por la figura del *abuso de autoridad*, prevista por el Código Penal argentino, en su artículo 248" (C.N.Fed.C. y C., Sala I, 29-II-1988).

d) *Emitir dictámenes contrarios a la ley*. Esta conducta sólo prevista por Colombia, alcanza a aquellas opiniones que se requieren de un funcionario o servidor público, para que se expida respecto a una determinada cuestión propia de su incumbencia o competencia. No es una resolución. No decide sobre el punto en cuestión, opina, dictamina.

Sin embargo, se exige la lealtad a la ley del dictamen.

Alcanzaría por ejemplo a asesores, procuradores, fiscales, defensores, peritos técnicos etcétera.

e) **No ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere**. Es omitir llevar a cabo, los mandatos que a su función, imponen las leyes pertinentes. Ésta es una disposición genérica pues en algunos casos se ha especificado la conducta, en tipos penales que veremos más adelante (como el caso de quien omite perseguir los delitos). Si se tomara mayor conciencia de esta clase de delitos, quizás muchos funcionarios se hallarían condenados.

f) *Cometer vejaciones, apremios ilegales desempeñando actos funcionales, en contra de cualquier persona* (Argentina: Art. 144 bis 144 BIS, inc. 2º y Chile Art. 255, 1ra. parte). Esta figura, reprime a *cualquier funcionario* que desempeñando *cualquier* acto de servicio lleve a cabo alguno de los siguientes excesos o abusos:

- Vejaciones: Son tratamientos o modalidades de actuación innecesariamente rigurosas, prepotentes o desconsideradas. Atentan genéricamente contra la dignidad de la persona y enraiza en el *deber de respeto que todo funcionario público, le debe a los administrados* en tanto que es "servidor público" desempeñando un deber legal (función).

Se pueden dar perfectamente entre el funcionario de mayor rango respecto al de inferior jerarquía o contra un particular. Refiere a tratamientos mortificantes, agraviantes o humillantes. Hay lesión o ataque psicológico o emocional que puede manifestarse a través de actos físicos, actitudes, gestos, insultos.

- Los apremios ilegales (contrariamente a aquellas formas permitidas por la ley de actuación coercitiva), son actos rigurosos o formas abusivas de accionar respecto de una persona, para obtener un *hacer*, un *no hacer*, u otra determinación contraria a su voluntad. Es una forma coaccionante, aunque pueda asumir modalidades menos graves que la utilización de amenazas propiamente dichas, pero calificada por el sujeto activo que la despliega y bajo circunstancias funcionales, violando aquellos deberes y mayores resguardos que la ley le exige en razón de su cargo y situación.

Para el lector inadvertido, estas últimas modalidades delictivas, sólo son pensables respecto de personas privadas de su libertad. Pero como veremos a continuación, la conducta bajo análisis, marca un importante paso adelante de la legislación que tal vez no se ha valorado suficientemente.

Efectivamente, se está en presencia de un *abuso de autoridad* que afecta la dignidad de la persona humana (garantía de orden constitucional) y que por otro lado, bajo determinadas circunstancias, puede condicionar su libertad de acción o de decisión, ya que un funcionario intimidante o amenazante, afecta también la libertad en sentido genérico, al igual que en el caso de los delitos de amenazas y coacción simples.

En suma y como bien lo enseña Núñez, éste es un delito contra *toda persona sometida a un acto de autoridad*; y cualquiera sea la ocasión en que se produzca. Por ello, atinadamente la jurisprudencia ha sostenido:

"El funcionario no actúa en acto de servicio, de conformidad al artículo 144 bis, inciso 2º del Código Penal argentino, cuando lo hace por su propia iniciativa, sin responder a ninguna orden impartida por un superior, vestido de particular y sin prestar funciones" (S.T. La Pampa, 16-V-1978).

## Brasil

Esta legislación define genéricamente a este delito como *efectuar con abuso de poder* cualquier diligencia. Ello presupone llevar a cabo cualquier acto funcional extralimitándose en las facultades propias o en violación a las leyes, porque bajo la expresión abuso, hemos encolumnado todo accionar que excede el marco de legalidad y legitimidad que deben teñir las funciones (Art. 350).

Por otra parte, se pune a quien al momento de llevar a cabo un acto funcional o de autoridad, *practica violencia* en relación a otra persona (Art. 322). Claro que esta violencia debe ser "arbitraria". Esto es, sin derecho a ejercerla.

Dejamos claro este aditamento que expresamente la ley agrega, porque está claro que en determinadas actuaciones, la autoridad pública, puede ejercer coactiva o coercitivamente los (especialmente cuando los particulares se niegan o evaden ante el requerimiento funcional) y

de por sí esta imposición de tal acto de autoridad, es seguramente violento. Pero en tal caso, la ley otorga a la autoridad pública la facultad de hacer valer dicha "fuerza" (detención, allanamientos, etc.).

### México

Trasladadas las conductas que afectan la libertad de las personas, hemos dejado en este caso dos posibilidades comisivas que, por su difícil encuadramiento en otra clase de delitos, respondían genéricamente a la noción de abuso de autoridad. Tales son:

a) *Obtener sueldos, dádivas o servicios* de un subalterno con cualquier pretexto. Esta conducta podría enmarcarse en el catálogo de las *exacciones ilegales* y quizás en la extorsión que es un modo más genérico de valerse de un medio ilícito para obtener ventajas patrimoniales o apreciables como tal. Pero hemos preferido incluirlo en el abuso liso y llano porque obrar del modo antedicho, hubiera significado poner el acento a la protección penal en consideraciones de carácter puramente económicos, cuando en realidad el espíritu de la ley apunta a evitar que un funcionario de superior jerarquía se aproveche de tal situación para *abusar* de su autoridad obteniendo ventajas de tipo económico o no de un subalterno, que responde al requerimiento en razón del vínculo de sujeción de autoridad que tiene con aquél.

Este aprovecharse de su posición preeminente nos parece mucho más grave desde la perspectiva de la ética funcional que acentuar la protección en una visión meramente económica.

b) *Otorgar identificación o acreditar como servidor público a quien no desempeñe, ni empleo, ni cargo, ni comisión alguna*. En este caso nuevamente, aprovechando sus funciones en forma irregular, se inviste a una persona de calidades que no posee. Podría habérselo incluido en el delito de nombramientos ilegales como ocurre con el inciso 11 o en otras formas de afectar la fe pública, pero volvemos a la explicación anterior. Si penalizamos el mero abuso o extralimitación de facultades que por ley posee el funcionario público, *genéricamente* omnicomprendemos toda otra clase de ilicitudes que a partir de ella se puedan producir.

## DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / 10.- Exacciones ilegales / a) Generalidades - Fontán Balestra, Carlos

LexisNexis - Abeledo-Perrot

### TRATADO DE DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL) 1993

#### § 147 - LAS EXACCIONES ILEGALES

El capítulo IX del título de los delitos contra la administración pública, está dedicado a las exacciones ilegales. Consta el apartado de tres artículos. Por el primero de ellos se prevé la figura básica de la exacción (Art. 266); en el segundo se seleccionan medios que agravan el hecho (Art. 267); en el tercero se define la concusión, consistente en convertir en provecho propio o de terceros lo que fue objeto de la exacción.

1 - ANTECEDENTES. En verdad que las denominaciones que se han dado estas figuras, su distinta concepción histórica y el modo como han sido legisladas en el Derecho argentino, facilitan un tanto la confusión. Por eso, el estudio de los antecedentes adquiere en este caso un significado particular.

1. El origen histórico de estos delitos parece encontrarse en Roma, como consecuencia de las continuas protestas de los habitantes de los países conquistados, por las exacciones de que eran objeto por parte de los funcionarios romanos. Sin embargo, el crimen repetundarum, destinado en un principio a permitir que se lograra del culpable la repetición de lo obtenido, no tuvo contenido preciso y comprendía formas de corrupción, de cohecho y de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, imprecisión que, en lo que se refiere a los dos primeros delitos, puede decirse que se mantiene hasta la codificación posterior a la Revolución francesa. Pero el deslinde claro y preciso entre las exacciones y la concusión y el cohecho es motivo de elaboración posterior. (Puede verse sobre el tema histórico: C. FERRINI, *Distritto penale romano*, en *Enciclopedia PESSINA*, T. I, p. 405; GARRAUD, *Traité*, 3ª ed., T. IV, p. 340; N. LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, en *Trattato* coordinado por FLORIÁN, 4ª ed., 1939, p. 254; RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, Buenos Aires, 1963, p. 11).

2. En el orden nacional, el Código de TEJEDOR, inspirado en el Derecho español, dedica el capítulo X del título de los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos, a los "Fraudes y exacciones". Tres artículos se vinculan con el tema de las exacciones ilegales: por uno de ellos se prevé la conducta del "empleado público que arbitrariamente exija una contribución o cometa otras exacciones, aunque sea para el servicio público". Las penas se agravan si la exacción se verifica empleando fuerza. Por el artículo siguiente, "si el empleado convirtiere en provecho propio las exacciones expresadas en el artículo anterior, sufrirá las penas impuestas a los sustractores de caudales públicos". En una tercera disposición se castiga al empleado "que exija derechos o propinas por lo que debe practicar gratuitamente en virtud de su oficio, o cobre mayores derechos de los designados por la ley". El hecho se agrava si para

efectuar las exacciones supone órdenes superiores, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima. El Proyecto de 1881 mantuvo los artículos y el sistema (arts. 168 a 171), lo mismo que el Código de 1886 (arts. 274 a 276).

El Proyecto de 1891 dedicó un capítulo independiente a las exacciones ilegales, el IX del título de los delitos contra la administración pública, pero en el texto del articulado los cambios introducidos no son esenciales y los pocos que se hicieron no son demasiados felices. Lo mismo puede decirse del Proyecto de 1906, que fue la base del de 1917.

Las disposiciones del Código vigente fueron el resultado de las enmiendas propuestas por la segunda Comisión del Senado al Proyecto de 1906 (véase: Código Penal de la Nación Argentina, ed. of., Buenos Aires, 1922, p. 581; MORENO, Código Penal, T. VI, p. 259).

**2 - CONCEPTO Y DISTINCIÓN DE OTROS DELITOS.** Se impone señalar las diferencias que median entre las exacciones y la concusión y otros delitos, particularmente el cohecho y la extorsión. Previamente es preciso que demos una noción general de las figuras contenidas en el capítulo de las exacciones ilegales del Código argentino.

1. Gramaticalmente, exacción significa el hecho de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas o deudas. Se trata de algo que sólo puede percibir el Estado, en cuyo nombre se actúa. También tiene la acepción de cobro injusto y violento. Concusión es la exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio. A estos significados responden, en términos generales, las disposiciones del Código argentino. Es de hacer notar que algunos códigos, como el francés, denominan concusión a toda exacción (GARRAUD, Traité, Vol. IV, p. 350). En otros códigos, como el italiano, se designa como concusión el hecho del funcionario que, abusando de su calidad o de sus funciones, constriñe o induce a dar o prometer indebidamente a él o a un tercero, dinero u otra utilidad (MAGGIORE, D. penal, Vol. III, p. 180). Abarca así la ley italiana en una sola disposición las formas llamadas de concusión explícita y concusión implícita u oculta. La primera es, al decir de CARRARA, la del funcionario que amenaza con un acto que él mismo confiesa ser injusto, de su propio poder, como el que amenazare con arresto, comparecencia ante el juez o cosas semejantes, si no se le entrega el dinero. Y es implícita, si el funcionario hace creer al particular que le toca pagar lo que en realidad no debe (Programa, § 2572).

**2. La característica más peculiar y distintiva de las exacciones radica en la exigencia de lo que indebidamente se recibe.** Esto es lo que hace a la diferencia con otros delitos de los funcionarios públicos, especialmente con el cohecho. En este último existe un "acuerdo de voluntades"; el cohechante da queriendo dar, en última instancia, puede decirse que coopera. Consecuencia de ello es, precisamente, que quien entrega la dádiva sea punible, y más aún, que lo sea quien la ofrece (Art. 258 ). En cambio, **en las exacciones, la entrega se hace con voluntad constreñida por el temor.** Ya dice TEJEDOR que el carácter distintivo de la concusión está en exigir las sumas que indebidamente se reciben (nota al Art. 3º del capítulo de los fraudes y exacciones). Este criterio diferencial ha sido señalado por algunos fallos (Cámara del Crimen de la Capital, Fallos, T. I, p. 365; T. 4, p. 289; Cámara Federal de Rosario, La Ley, T. 33, p. 253; Cámara Federal de la Capital, Jurisprudencia Argentina, T. 37, p. 1204).

La característica señalada es también propia de la extorsión, una de cuyas modalidades consiste en simular autoridad pública o falsa orden de la misma. Este último aspecto no crea problemas, puesto que en las exacciones el autor debe ser, efectivamente, un funcionario público. No podría decirse, sin embargo, que la concusión sea una extorsión ejecutada por un funcionario público, porque esta calidad, por sí sola, no modifica el título delictivo. En las exacciones el funcionario abusa de su cargo como medio de coacción (metu publicae potestatis). En el Derecho argentino, aunque la inclusión de la dádiva en el artículo 266 favorezca la confusión, conceptualmente el que exacciona no pide para sí, aunque en la hipótesis de concusión del artículo 268 el autor convierta en provecho propio o de tercero las exacciones (véanse las distintas opiniones en: MAGGIORES, D. penal, Vol. III, p. 181; MANZINI, Trattato, Vol. V, nros. 1315 y 1316, ps. 169 y ss.; MEZGER, Libro de estudio, § 59; RIVAROLA, Exposición y crítica, T. III, p. 152; SOLER, D. p. argentino, T. V, § 145, III; GUILLERMO A. C. LEDESMA, Sobre las exacciones ilegales, p. 370). La jurisprudencia ha entendido que se comete exacción toda vez que el autor, abusando de su autoridad e invocando su condición de funcionario, exige para sí sumas de dinero (Cámara Federal de la Capital, La Ley, T. 110, p. 584; Cámara del Crimen de la Capital, Fallos, T. 4, p. 288; Sala 6ª, causa nº 3329, "Saulenas, J.", del 4 de agosto de 1970). La Cámara Federal de la Capital, señalando la diferencia entre la exacción y la estafa sobre la base de que el autor no pide para sí, declaró que constituye exacción en perjuicio de los pasajeros, y no estafa al ferrocarril nacional, la conducta del guarda que, por cambio de clase y prolongación de viaje, cobraba importes mayores de los debidos, consignando en los originales que entregaba a la empresa el precio que realmente correspondía (La Ley, T. III, p. 799).

TRATADO DE DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL) 1993

**3 - LAS EXACCIONES.** La figura básica de las exacciones ilegales está definida en el artículo 266 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente: **Será reprimido con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.**

1. **La acción consiste en exigir**, hacer pagar o entregar indebidamente **una contribución, un derecho** o una dádiva o en cobrar mayores derechos que los que corresponden.

Como se ve, en la figura de la exacción ilegal propiamente dicha, **no ha menester que el funcionario público obtenga beneficio alguno de lo cobrado o recibido**. Ello explica que algunas legislaciones sitúen esta figura entre los abusos de autoridad, reservando para el caso en que el funcionario ha obtenido un beneficio, el título de las exacciones, o el de la concusión.

**El hecho puede ser cometido por cualquier medio**, excepción hecha de aquellos que **cualifican el delito** y que están expresamente **previstos en el artículo 267**, a saber: **empleando intimidación o invocando orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima** (Cámara Federal de la Capital, La Ley, del 28 de septiembre de 1970).

En el Proyecto de 1917 se incluía como agravante el empleo de fuerza, lo mismo que en los de 1891 (Art. 313) y 1906 (Art. 285); el texto actual, que es obra de la Segunda Comisión del Senado, ha suprimido ese medio como cualificante (MORENO, Código Penal, T. II, p. 259). Algunos autores nacionales guardan silencio sobre cuál sería la calificación del hecho en el caso de que mediara fuerza; otros, en cambio, sostienen que en tal caso habría robo (ODERIGO, Código Penal, nota nº 1354; GONZÁLEZ ROURA, D. penal, T. III, p. 398). En verdad que no resulta fácil aceptar esta solución en el caso de la exacción simple, ya que el funcionario no se apodera de lo cobrado, ni se beneficia con ello. Es más, el hecho se consuma con la exigencia, sin que sea necesario que la entrega se logre. No se olvide que quien se beneficia en la mayoría de los casos es la administración pública, de la que el funcionario es un agente. El hecho consistirá, por lo general, en un exceso de celo del funcionario o en un error de quien paga, por lo que habrá que tomar muy en cuenta para esta figura el elemento subjetivo, ya que no beneficiándose el funcionario con lo que percibe, no parece que sea muy frecuente un obrar malicioso para beneficiar al Estado. Volveremos sobre el punto al ocuparnos del aspecto subjetivo.

**El delito se consuma al exigir**, ya que es el verbo que requiere menos entre los empleados para definir la acción típica. Entre los autores españoles, cuyo texto legal se refiere a "exigir", no hay acuerdo con respecto al momento consumativo. Para unos, basta la simple exigencia, sin que sea preciso que se perciba lo exigido (CUELLO CALÓN, D. penal, T. II, p. 428; RODRÍGUEZ DE VESA, D. p. español, P. especial, p. 955). Para otros, en cambio, la mera proposición de un funcionario no integra el delito, pudiendo el hecho constituir tentativa (GROIZARD, El Código Penal, T. IV, p. 310; PUIG PEÑA, D. penal, 5ª ed., Barcelona, 1960, T. III, p. 380). Los antecedentes históricos, dice RODRÍGUEZ DE VESA, contraponen ambas acepciones, exigir y hacer pagar, como dos momentos distintos sujetos incluso a diferente pena (obra y lugar citados). Por lo demás, gramaticalmente exigir, en una de sus acepciones, significa demandar imperiosamente. **La Cámara del Crimen de la Capital consideró consumado el delito con la mera exigencia, aseverando que se trata de un delito formal** (Sala 5ª, causa nº 3497, "Beltrán, S." del 19 de diciembre de 1972). Establece distinciones según los distintos verbos de la figura, LEDESMA (Sobre las exacciones, p. 359).

2. **Objeto material de la exacción debe ser una contribución, un derecho** o una dádiva, o **mayores derechos de los que corresponden**.

Sorprende un tanto que se hayan incluido las dádivas en la disposición, ya que éstas suponen algo que se da graciosamente y, en consecuencia, una de dos, o el funcionario recibe el dinero para sí o el dadivoso ha hecho una donación al Estado.

La inclusión de la dádiva en el artículo 266, debida a la Segunda Comisión del Senado, ha dado motivo a más de una interpretación. **SOLER piensa que no debe descartarse la posibilidad de que un funcionario exija la contribución o la dádiva indebida y que efectivamente la invierta en el servicio público, único caso en que es aplicable el artículo 266. Es el celo fiscalista abusivo** (D. p. argentino, T. V, § 145, IV, y nota 20). Sin embargo, ese autor parece pensar de modo distinto cuando dice: "El vigilante uniformado que amenaza al comerciante para hacerse entregar una contribución... comete exacción, aun cuando es evidente que no pide algo para el Estado" (§ 145, VI, citando un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, T. 1947, fallo 8343).

Un criterio distinto es expuesto más recientemente por ENRIQUE RAMOS MEJÍA, el que ha sido seguido por la Cámara Federal de la Capital a partir de la sentencia dictada el 11 de agosto

de 1959 (Jurisprudencia Argentina, T. 1959-IV, p. 364). Este punto de vista interpreta que la inclusión de la dádiva en el artículo 266 supone la creación de un delito autónomo e independiente: el de concusión, que encuadra siempre y únicamente en el artículo 266 (El delito de concusión, p. 40). Podría decirse que se trata de una concusión que no requiere pasar por la etapa de convertir en derecho propio o de tercero, como lo indica el artículo 268, puesto que no ha constituido en ningún momento una exacción.

Luego de recalcar que **el vocablo exacción se refiere a algo que sólo se puede adeudar o pagar al Estado**, elemento que realmente señala la diferencia entre las exacciones ilegales y la concusión, dice: Pero cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad, por lo tanto, de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera, y no infringe por ello el artículo 268, sino solamente el 266. Esta hipótesis delictiva no es una de las exacciones contempladas en la primera de las citadas disposiciones, sino un delito autónomo e independiente: el de concusión, que encuadra únicamente en el artículo 266. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el artículo 266 no usa el término "exacciones", sino que sólo menciona las diversas exigencias según se trate de "contribución", "derecho", y por ello, cuando el artículo 268 se refiere a "las exacciones expresadas en los artículos anteriores", no hay razón para entender comprendidas todas las hipótesis del artículo 266, sino sólo aquellas que constituyen verdaderas y propias exacciones, según el ya visto sentido etimológico y jurídico del término, o sea, la exigencia extorsiva y engañosa de derechos o contribuciones no debidos al fisco, únicos que pueden convertirse luego en provecho personal. En la concusión desaparece así todo vestigio de engaño o ardid, y sólo se advierte en la acción original su carácter extorsivo (El delito de concusión, p. 39).

Nosotros hemos pensado durante mucho tiempo que, tratándose de una dádiva, que el funcionario recibe para sí, es aplicable el artículo 268. Sin embargo, la hipótesis de que en los tiempos actuales se exige una dádiva para el Estado y el argumento de que el artículo 268 se refiera a las exacciones expresadas en los artículos anteriores y no a lo pagado o entregado, hace que tengamos por correcta la interpretación de RAMOS MEJÍA (véase, en contra: GUILLERMO A. C. LEDESMA, Sobre las exacciones, p. 363).

La jurisprudencia, en general, ha sostenido el criterio que ve en la obtención de la dádiva en beneficio del funcionario las previsiones de los artículos 266 y 268 del Código Penal, siendo de aplicación la pena amenazada en el segundo. Así lo entendieron, reiteradamente, la Cámara del Crimen de la Capital (Fallos, T. 4, p. 289, y T. 5, p. 200; Jurisprudencia Argentina, T. 1958-II, p. 314), la Suprema Corte de Tucumán (La Ley, T. 53, p. 289; T. 57, p. 642), y la Cámara Federal de la Capital, hasta el fallo del 11 de agosto de 1959 a que antes se hizo referencia (Jurisprudencia Argentina, T. 37, p. 1204). Dos fallos, de la Cámara del Crimen de la Capital uno y de la Cámara Federal, también de la Capital, el otro, se definen por la aplicación del artículo 266 (ambos fallos en La Ley del 7 de enero de 1970). Otro, algo más reciente, del primero de esos tribunales, también adoptó esa tesitura (Sala 5ª, causa nº 2792, "Carrizo, B. B.", del 16 de junio de 1972).

**La norma recalca lo ilícito de la acción con el empleo del adverbio "indebidamente"**, referido al hecho de exigir, hacer pagar o entregar. En realidad, **lo indebido es la contribución** o el derecho (la dádiva lo es siempre), sea **porque tal tributo no es exigible**, cualquiera sea el motivo, sea **porque no lo debe el interesado**, sea porque lo debe en cantidad menor de la que se le reclama. Esta exigencia se refleja, también en el aspecto subjetivo de esta figura (infra, 4).

**3. El autor de estos delitos debe ser un funcionario público.** Algunos autores limitan el sujeto activo a los funcionarios capacitados para la percepción de las contribuciones o derechos de que se trate (CUELLO CALÓN, D. penal, T. II, p. 428). Tal diferencia no parece que pueda hacerse en la ley argentina, ya que el delito se construye, precisamente, sobre la base de un abuso de autoridad, y ese abuso puede referirse a lo que se exige o hacer pagar o entregar o a la actividad funcional (GÓMEZ, Tratado, T. V, nº 1377, p. 566; SOLER, D. penal argentino, T. V, § 145, IV). La condición de autor no se satisface cuando sólo se invoca o simula una función o cargo público. En tales casos, podrá configurarse estafa o extorsión, según cuales sean las demás circunstancias que concurren (GONZÁLEZ ROURA, D. penal, T. III, p. 398; ODERIGO, Código Penal, nota nº 1354). **La norma del artículo 266 admite expresamente que el funcionario pueda actuar por sí o por persona interpuesta. Este último tiene el carácter de partícipe.**

**4. Subjetivamente el hecho es doloso.** El funcionario ha de actuar abusando de su cargo y, prevaleciéndose de ello, requerir algo a lo que no tiene derecho, sea para beneficiar al Estado, cuando se trata de una contribución o un derecho, sea para sí mismo cuando exige una dádiva. **El adverbio indebidamente**, empleado en el tipo, **se traduce aquí en la exigencia subjetiva de que el autor sepa que lo que reclama no se debe. Están excluidas las formas culposas** que puedan resultar, no solamente de **la imprudencia, la negligencia y el error de hecho**, sino, también, del **error de derecho** sobre lo concerniente **a la interpretación de las normas de las que resulta el derecho a exigir**, y con ello la naturaleza indebida o no de lo que es objeto material de la exacción (véase: DÍAZ, El Código Penal, p. 487; CHAUVEAU-HÉLIE,



Théorie du Code Pénal, T. II, p. 560). Lo referente al error de derecho no rige para la exigencia o entrega de una dádiva, lo que resulta de la propia naturaleza de las cosas.

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / 10.- Exacciones ilegales / c) Exacción agravada por el medio - Fontán Balestra, Carlos**

**LexisNexis - Abeledo-Perrot**

### **TRATADO DE DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL) 1993**

4 - LAS MODALIDADES CUALIFICADAS. El artículo 267 del Código Penal enuncia los medios que agravan las exacciones. Dispone dicho artículo: Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

1. La acción consiste en exigir o hacer pagar o entregar una contribución, un derecho o una dádiva o en cobrar mayores derechos de los que correspondan, empleando para ello intimidación o invocando orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima.

Como se ve, la acción propiamente dicha es exactamente la misma del artículo 266; tan así, que la ley remite a ella, al decir, simplemente: "Si se empleare intimidación", etcétera. Esta redacción es consecuencia del hecho de que el artículo 267 era en el proyecto de la segunda Comisión del Senado el segundo párrafo del artículo 266, de modo que se continuaba la exposición del primer párrafo (actual Art. 266). De tal modo, lo único que diferencia el artículo 267 del anterior y lo agrava respecto de él, son los medios empleados para lograr la exacción.

2. Los medios no ofrecen mayor dificultad al intérprete. Es conveniente señalar, no obstante, que la intimidación tiene en el caso de la disposición que comentamos, un carácter un tanto peculiar, que le imprime el hecho de que el temor se logre mediante la amenaza de sufrir perjuicio por obra de un acto de poder (GONZÁLEZ ROURA, D. penal, T. III, p. 398; ODERIGO, C. Penal, nota 1359; Cámara del Crimen de la Capital, Fallos, T. I, p. 365. Es ésa, por otra parte, la tesis que ya sostenía CARMIGNANI, Elementi, § 767).

La ley habla de invocar, para lograr la exacción, orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima. La exigencia de la legitimidad debe entenderse en el sentido de que la orden, comisión, mandamiento judicial, etcétera, sean invocados como tales, ya que de serlo realmente no habría posibilidad de hacer pagar o entregar antijurídicamente.

**Estas modalidades de las exacciones agregan a su ejecución un medio que está a lo menos tan próximo al engaño como a la intimidación. Porque, si bien se ve, partiendo de la base innegable de que el actor es funcionario público, la invocación de mandamiento judicial, por ejemplo, hará pensar a la víctima, no solamente que está obligada al pago, sino que lo está por una cantidad que no admite duda y con una premura que no permite dilaciones sin riesgo de otras consecuencias. Obra así obligada, en parte, por el temor, pero, acaso más, por el acatamiento a la autoridad (véase: SOLER, D. penal argentino, T. V, § 145, V).**

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / 10.- Exacciones ilegales / d) Concusión - Fontán Balestra, Carlos**

**LexisNexis - Abeledo-Perrot**

### **TRATADO DE DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL) 1993**

5 - LA CONCUSIÓN. **La figura de la concusión de quien reclama para el Estado, aparece prevista en el artículo 268**, que dispone: Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que conviertiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

1. **La acción es compleja**: la norma da por cumplido el tipo del artículo 266 o 267, es decir, exigir, hacer pagar o entregar indebidamente una contribución o una dádiva o cobrar mayores derechos de los que corresponden. A ello le agrega el artículo 268, como acción específica, que el autor convierta la exacción en provecho propio o de tercero. Con respecto a la primera parte de la conducta punible, vale lo dicho en los puntos 3 y 4. El texto del artículo que comentamos se refiere, en plural, a las exacciones expresadas en los artículos anteriores. De modo que están comprendidas tanto la modalidad básica como la agravada por los medios.

Es importante señalar que el artículo 268 del Código proviene del Proyecto de TEJEDOR, el que da como fuentes el artículo 203 del Código peruano y el 327 del español. Sin embargo, este último texto legal contempla la posibilidad de que el empleado cometiere en provecho propio las

exacciones ilegales, lo que es distinto de convertirlas en provecho propio. TEJEDOR parece haber seguido el Código prusiano, que según lo hace notar LEVI, establecía que haber convertido en provecho propio la exacción era una agravante y no un elemento constitutivo del delito (NINO LEVI, Delitti contro la pubblica amministrazione en Trattato coordinado por FLORIÁN, Milano, 1935, p. 255, nota 4; GÓMEZ, Tratado, T. V, nº 1379, p. 570).

En la nota correspondiente dice TEJEDOR: "El de Prusia dispone que los funcionarios que con intención culpable vejan a los ciudadanos en el establecimiento, reparto o percepción de las contribuciones, deben restituir a la parte perjudicada el cuádruplo de lo que hayan percibido por una injusta exacción. Pero si convirtieren en su provecho esta percepción ilícita, la penalidad cambia de naturaleza, etcétera". Termina la nota diciendo: "El castigo debe pues tener dos grados para estas dos hipótesis".

**La concusión del artículo 268 alcanza a las verdaderas exacciones previstas en los dos artículos anteriores; a aquellas exigencias hechas por el funcionario en nombre del Estado y para el Estado.** Quedan, pues, excluidos los casos en que los que lo requerido es una dádiva, que según el criterio que hemos considerado preferible al interpretar el artículo 266, constituyen una concusión en sí mismos, puesto que el autor ha pedido directamente para sí, y por tanto, no existe la posibilidad de convertir en provecho propio o de terceros (véase: Cámara del Crimen de la Capital en Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, 15, 1727). Convertir significa aquí, precisamente, darle ese destino. De modo que la concusión prevista en el artículo que comentamos presenta un aspecto negativo, consistente en no entregar al Estado, y otro positivo representado por la conversión (CHAUVEAU y HÉLIE, Théorie du Code Pénal, T. II, p. 502). Ambos aspectos son necesarios, puesto que el apoderamiento por parte del funcionario debe tener lugar sin que el valor se haya ingresado como un bien que pertenece a la administración, antes de ello, pues esa conducta cumplida con posterioridad constituirá malversación.

El hecho se consuma en el momento de disponer el autor de lo obtenido o en el de no ingresarlo a las arcas fiscales, si hay un término para ello. Se trata, en realidad, de algo que se retiene o es objeto de apropiación, de modo que el momento determinante también puede motivar la necesidad de una intimación.

**2. Autor de este delito es el funcionario público que ejecutó la exacción.** Si su apropiación fuere cometida por una persona distinta, el hecho podrá configurar otro delito, pero no concusión, puesto que faltaría de parte del tercero la exigencia a nombre del Estado que caracteriza el delito inicial, y no podría hablarse para él de convertir. La exacción puede convertirse en provecho propio o de tercero, pero autor es el funcionario. Es posible la participación (véase: MORENO, Código Penal, T. VI, p. 262; GÓMEZ, Tratado, T. V, nº 1379, p. 571).

**3. Subjetivamente, la concusión es un delito doloso,** bastando la conciencia y voluntad de convertir el objeto de la exacción en provecho propio o de tercero. Y acompañando al dolo el ánimo de lucro, será aplicable conjuntamente multa hasta quinientos mil pesos, según lo dispone el artículo 22 bis para el caso de no estar prevista especialmente esa pena.

Villada, Jorge L.	Abeledo-Perrot
DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PUBLICA	1999
A. EXACCIONES ILEGALES SIMPLES	
I. FÓRMULAS LEGALES	
Argentina	
Artículo 266	
“Será reprimido con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos de los que corresponden”.	
Artículo 267	
“Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años”.	
Brasil	
Artículo 316, 1ra. parte	

*“Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumila, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena: Reclusão de 2 a 8 anos, e multa”.*

Artículo 316, 2da. parte, inciso 1º

*“1º Se o funcionario exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatorio ou gravoso que a lei não autoriza: Pena: Reclusão de 3 a 8 anos, e multa”.*

## **El Salvador**

Artículo 443

“El funcionario o empleado público que, prevaleándose de su condición o cargo, impusiere u obtuviere para la Administración Pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que sabe que no es legal; o aun siendo legal, empleare para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autoriza o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial, u otra autorización legítima, será sancionado con prisión de seis meses a dos años”.

## **Honduras**

Artículo 377, 1ra. parte

“El funcionario o empleado público que exigiere impuesto, tasas o tributos a sabiendas de que es ilegal; o que, siendo legal, emplee para su cobranza medio vejatorio o gravoso que la ley no autorice, incurrirá en reclusión de seis meses a tres años”.

## **Chile**

Artículo 241

“El empleado público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, será castigado con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida.

“El culpable habitual de este delito, incurrirá además en la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio”.

## **Bolivia**

Artículo 152

“El funcionario público que exigiere u obtuviere las exacciones expresadas en el artículo anterior (Art. 151: Concusión), para convertirlas en beneficio de la Administración Pública, será sancionado con reclusión de un mes a dos años”.

## **República Dominicana**

Artículo 174

“Los funcionarios y oficiales públicos, sus delegados o empleados y dependientes, los perceptores de derechos, cuotas, contribuciones, ingresos, rentas públicas o municipales y sus empleados, delegados o dependientes, que se hagan reos del delito de concusión, ordenando la percepción de cantidades y valores que en realidad no se adeuden a las cajas públicas o municipales, o exigiendo o recibiendo sumas, que exceden la tasa legal de los derechos, cuotas, contribuciones, ingresos o rentas, o cobrando salarios y mesadas superiores a las que establece la ley, serán castigados según las distinciones siguientes: los funcionarios y oficiales públicos, con la pena de la reclusión; y sus empleados, dependientes o delegados, con prisión correccional, de uno a dos años, cuando la totalidad de las cantidades indebidamente exigidas o recibidas y cuya percepción hubiese sido ordenada, fuere superior a 60 pesos. Si la totalidad de esas sumas no excediese de 60 pesos, los oficiales públicos designados antes serán castigados con prisión de seis meses a un año; y sus dependientes o delegados, con prisión de tres a seis meses.

“La tentativa de este delito se castigará como el mismo delito. En todos los casos en que fuere pronunciada la pena de prisión a los culpables se les podrá además privar de los derechos mencionados en el artículo 42 del presente Código, durante un año a lo menos, y de cinco a lo más, contados desde el día en que hubieren cumplido la condenación principal; podrá además el tribunal, por la misma sentencia, someter a los culpables bajo la vigilancia de la alta policía, durante igual número de años.

“Además, se impondrá a los culpables una multa que no excederá la cuarta parte de las restituciones y los perjuicios, y que no bajará de la duodécima parte de esas mismas restituciones. Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a los secretarios y oficiales ministeriales, cuando el hecho se cometiere sobre ingresos de los cuales estuvieren encargados por la ley”.

## **II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Los autores consultados a lo largo de este trabajo, no son muy explícitos respecto a este tópico, lo cual es preocupante, porque al momento de justificar la aplicación de una pena, o de la ley penal misma, debe legitimarse la decisión del legislador que la creó y del juez que la impondrá,

teniendo claramente a la vista, el valor socialmente relevante que se pretende amparar con el delito de que se trata.

A nuestro entender, **se protege genéricamente a la Administración Pública. En forma específica, la incolumidad de los actos de autoridad.**

Para otros autores (acertadamente también): **se preserva la probidad de los empleados públicos en el desempeño o ejercicio de su cargo.**

**Se trata de evitar una forma especial de abuso de autoridad, de neto carácter extorsivo.** Y al igual que en este último delito, **subyace la protección al patrimonio de los administrados** (a su libertad de disposición patrimonial), a la seguridad de los ciudadanos, frente a los actos de poder que emanan de esa autoridad, especialmente con respecto a su patrimonio.

**Se predica que es obligación de “buenos ciudadanos” contribuir al sostenimiento del Estado, pero no se puede consentir un medio extorsivo para obtener el pago.**

Si la ciudadanía, tiene la sensación de que es expoliada por la autoridad, se afecta la credibilidad en las instituciones; y como lo dijéramos al comienzo de este trabajo, se vulnera la imagen de preeminencia de la administración, que debe basarse esencialmente en un desenvolvimiento ético, regular, legal y eficaz, especialmente en materia de actos de poder.

**Cuando un funcionario exige lo indebido o siendo lo debido, utiliza medios arbitrarios o reñidos con la legalidad de la que deben estar revestidos todos sus actos, pone en tela de juicio el prestigio de la administración y el uso regular de los poderes que le otorgan las leyes.** A partir de ese momento, se corre el serio riesgo, de que la sociedad mire con desconfianza las exigencias legítimas y obstaculice con razón o sin ella cada acto de gobierno. Está planteado entonces un conflicto entre la ciudadanía y la autoridad. Se ha atentado (aunque de un modo indirecto), contra la fluidez del acto de gobierno a partir de un abuso funcional.

### III. CONDUCTAS TÍPICAS

#### Argentina - Bolivia

Las leyes de estos países, contemplan distintas formas comisivas, pero en todas se actúa con *abuso de cargo*. Claro que hacemos la salvedad, de que en el caso de Bolivia, hay una remisión, pues las formas están descriptas en el artículo referido a la *concusión*, que es anterior al de *exacciones simples*.

El requisito de entidad de la conducta (en cuanto que se debe actuar con *abuso de cargo o funciones o autoridad*), presupone una extralimitación de las facultades que expresamente tiene acordadas el funcionario público. Pero debe quedar claro, que en todos los casos exige para la Administración Pública y no en su beneficio.

“La prestación que forma el objeto material del delito ha de exigirse en nombre e interés de la Administración Pública” (J.C. Mendoza, 4-V-1945, *L.L.*, 38-660).

**Veamos cada una de las modalidades comisivas previstas:**

a) **Exigiere:** Se configura de este modo el delito, cuando el funcionario *emite un mandato*. Formula un requerimiento concreto y expreso *valiéndose de su cargo*. Tiene un carácter imperativo explícito o implícito por lo general.

b) **Hiciere pagar:** En este caso, el funcionario obliga al pago o dación al particular. Impone mediante un acto de autoridad, el desplazamiento patrimonial indebido por parte del particular.

c) **Hiciere entregar:** Está referido a la dación de otros bienes que no sean dinero (contemplado en el caso anterior).

En el caso de la exigencia, basta que la misma sea formulada sin necesidad de que el particular dé, pague, o entregue en forma efectiva. **El delito se consumará con la sola conminación emanada del funcionario.**

En los otros dos casos, el pago o la dación, están formulados en sentido genérico.

De allí que se interpreta (correctamente a nuestro criterio), que dicha entrega es realizada *para otros fines correspondientes a la administración misma* (pues en provecho del funcionario, sería *concusión*, cuyas previsiones se encuentran en el Art. 268 ).

Conforme: “**El vocablo exacción, equivale etimológica y jurídicamente a recaudación o cobranzas arbitrarias de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, vale decir aquello que solamente se puede adeudar o pagar al Estado, en cuyo nombre y en cuyo aparente beneficio actúa el agente**” (C.N.C.C., Sala V, 25-III-1982, *E.D.*, 106-180).

Igualmente: “La prestación que forma el objeto material de este delito ha de exigirse en nombre e interés de la Administración Pública” (J.C. Mendoza, 4-V-1945, *L.L.*, 38-660).

Otros fallos son claros y precisos, respecto al destino final que tienen los dineros o efectos percibidos y los reproducimos:

“La interpretación correcta del artículo 266 de la ley penal argentina, consiste en que las exacciones ilegales, deben haberse efectuado en provecho del servicio público y no en provecho propio” (S.C.B.A., 16-XI-1982).

Por el contrario, no es tan claro, el fallo que sostuvo: “El obrar del prevenido (policía), que exigió a la víctima el pago de una suma de dinero en concepto de dádiva por una infracción de tránsito por la que no celebró acta alguna, configura el delito de exacciones ilegales” (C.N.C.C., Sala III, 11-VIII-1981, *E.D.*, 106-181), y que al haber omitido labrar el acta, se debe tener por suficientemente acreditado, que el agente (funcionario), convertiría en provecho propio el dinero percibido, lo que nos lleva a encuadrar la conducta en el delito de *concusión*.

Tampoco deja de ser confuso el siguiente fallo y por idénticas razones a las expuestas, aquel que expresó:

“El empleado público que abusando de la situación que desempeñaba, utiliza una infracción comprobada como medio intimidatorio para obtener dádivas, incurre en exacciones ilegales” (S.C. Tucumán, 11-IX-1948, *L.L.*, 53-289).

Cuando la conducta consista en cambio en un *hacer pagar o hacer entregar*, el delito se *consumará*, cuando el particular dé o entregue, respectivamente.

### **Brasil**

Este país, prevé dos hipótesis de comisión delictiva que incluyen la forma agravada aunque en diversas circunstancias:

a) *Exigir ventajas indebidas*.

Lo genérico de la descripción, puede estar referido a dinero, crédito u otras formas de ventajas pero de contenido patrimonial.

Puede hacerlo *por sí o por otro*. *Para sí o para otro*. Estando o no en funciones. Pero en esencia a sabiendas de que la exigencia es *indebida*.

b) *Exigir lo que es debido, pero por medios indebidos (vejatorios o gravosos, no autorizados por ley)*.

Ésta es una forma agravada en Argentina y a nuestro criterio adecuadamente. Sin embargo en Brasil, está equiparada a las exacciones simples y con la misma pena.

A todo evento la *exigencia*, cuyas formas no están especificadas, puede llevarse a cabo de cualquier modo. Pero en todo caso, siempre constituirá un abuso de autoridad.

### **El Salvador**

Este país, hace una *mixtura* entre las dos legislaciones ya vistas y aunque la base de la figura es el Código brasileño, describe a continuación, *las formas* que puede adoptar el abuso, como la ley argentina. La novedad, es que aclara que la *imposición u obtención ilegítima* (por carecer de derecho o por el uso de medios ilegales), lo son *en beneficio de la Administración Pública*.

### **Honduras**

Aquí, se utiliza la forma prevista por Brasil en el artículo 316, inciso 1º. Remitimos a su explicación.

### **Chile**

Este país, utiliza la fórmula más sencilla de las analizadas. *Exigir mayores derechos* de los que están señalados en razón de su cargo, implica sin embargo y al igual que en los casos anteriores, una acción dolosa por parte del agente público, que por disposiciones preexistentes, es consciente de que *abusa* de sus facultades.

Hay una exigencia abusiva, arbitraria, ilegal, tal como en las situaciones descriptas en los otros países.

### **República Dominicana**

Este país reprime las siguientes conductas:

- a) Ordenar la percepción de cantidades y valores no debidos a la administración.
- b) Exigir o recibir mayores derechos, tasas o contribuciones.
- c) Cobrar salarios o mesadas superiores a las fijadas por ley.
- d) La tentativa de cualquiera de estas conductas.

## **IV. OBJETO DE LA ENTREGA**

En todas las legislaciones analizadas, la exigencia recae sobre una contribución o impuestos o tasas o un derecho, una dádiva no debida o un mayor derecho que corresponde.

**El pago igualmente recae sobre estos objetos pero en dinero.** La entrega, sobre bienes.

a) *Contribución indebida*. Refiere al dinero o bienes con carácter económico, que se abonan para un fin específico. Pueden ser destinadas a un servicio público, a una obra de interés general, o fines de bien común. *La ilegalidad*, consiste en que el particular no está obligado a abonarla. No le corresponde. Un ejemplo práctico, sería que la Policía Caminera, exigiera dinero a los viajeros, para la construcción de un puesto caminero. A ello pueden estar obligados los habitantes del municipio y ordenanza mediante, pero no quienes transitan ocasionalmente por esa localidad.

b) *Derechos indebidos*. Refieren al pago de impuestos u obligaciones que el particular adeuda al Estado. Sin embargo, su requerimiento o exigencia deviene ilegal, pues en el caso concreto, ese particular no está obligado a abonarlos, sea por ley o por una exención especial, etcétera. Un ejemplo, sería que la *dirección de un establecimiento público de enseñanza*, cobrara un arancel por su cuenta a los padres de los alumnos. El pago de impuestos destinados a la educación es debido y está contemplado por ley. Pero ninguna ley, autoriza el cobro compulsivo en escuelas primarias gratuitas y basado en la sola decisión de sus autoridades.

c) *Dávivas*. Remite al concepto ya expresado en el capítulo anterior. Pero aquí se exige, hacer dar o pagar “donaciones” a beneficio de la Administración. Por ejemplo, si un juez, exigiera la donación de papel y carbónicos para uso del juzgado, a los abogados que concurren a ese tribunal. O un escritorio o una máquina de escribir.

d) *Mayores derechos*. Aquí se exige, hacer pagar o entregar indebidamente un *plus*. Un porcentaje mayor, de aquello que efectivamente debe pagar o dar el particular. Por ejemplo, si el municipio cobra el doble de impuesto a los vecinos de una zona determinada, mediante una decisión unilateral y arbitrariamente, porque esa zona es de gente adinerada y para destinar tales fondos a la compra de una autobomba.

e) *Dineros o ventajas indebidas*. Ésta es la alocución utilizada por Bolivia, que no por el hecho de ser más simple, deja de omnicomprender las hipótesis anteriores y otras no contempladas.

También la utiliza la República Dominicana, pero referidos a formas remunerativas que se perciban y no sean debidas; o mayores a las estipuladas por la ley en cada caso.

Como se puede observar en todas las situaciones analizadas, el funcionario *no exige para sí* (salvo el caso de percepción de mayores retribuciones que prevé la República Dominicana).

Con ello, el fin que persiga el agente, puede resultar para él, muy loable, pero *el medio y/o el modo* del que se vale es arbitrario, ilegal, abusivo.

Volviendo sobre el *requisito de entidad* de la conducta, en todos los casos, el funcionario debe actuar *abusando de sus funciones*, pues si el particular se aviene a pagar más o lo que no debe, en forma voluntaria o respondiendo a una convocatoria solidaria de la autoridad, ya no se configura el delito. Falta una condición de punibilidad típica.

En cuanto al *abuso*, puede asumir todas las formas conocidas. Así se ha expresado:

“El delito de *exacciones ilegales*, exige un medio abusivo de autoridad; sea mediante exigencias o inducción, sufriendo el sujeto pasivo una coacción psicológica, que vicia su voluntad” (C.N.C.C., Sala II, 16-VI-1992).

## V. SUJETOS

**Sujeto activo, es el funcionario público.** Se discute si sólo queda atrapado por la figura, aquel que tiene facultades para la percepción o recaudación de dineros o bienes en general.

Adherimos a la postura amplia. Véase que el requisito de entidad de las conductas, exige *abuso de cargo*.

Ello importa que un funcionario sin facultades de percepción, pueda usurpar tal calidad sin descartar por ello, la hipótesis de concurso.

Para El Salvador y Honduras, recordamos que *sujeto activo*, pueden serlo el funcionario o empleado, aunque al igual que Chile, los términos funcionario y empleado, están equiparados. De todos modos, no se concibe una exigencia con abuso de autoridad, por parte de quien no posee efectivamente dicha autoridad.

**Sujeto pasivo, es la Administración Pública, pero el damnificado directo, es el particular objeto de la expoliación.**

## VI. ELEMENTO INTENCIONAL

**La figura requiere *dolo específico* a nuestro criterio**, teniendo en cuenta las particulares connotaciones del delito y los elementos que recargan los tipos:

a) Acto funcional abusivo.

- b) Conciencia de la ilicitud de la exigencia, dación o pago.
- c) Conciencia de la compulsión o error del particular ofendido.

Así entendido, *excusan* de responsabilidad el error de hecho (por ejemplo, si se exige un pago ya realizado), el error de derecho extrapenal y la ignorancia.

Debe atenderse cuidadosamente a la falta de conocimiento que el agente pueda tener, respecto a los límites de sus facultades. Y desde ya, pueden darse perfectamente el *estado de necesidad* y otras eximentes similares.

## VII. NATURALEZA

Si se atiende a las formas comisivas, este delito presenta la característica de una doble naturaleza:

a) ***El exigir, lo torna un delito formal y su consumación (instantánea) se cristalizará al momento de emitirse la exigencia. No admite entonces en este caso la tentativa.***

b) Si en cambio se trata de *hacer dar o pagar*, el delito exige uno de estos resultados y admite entonces la *tentativa*.

## VIII. EN CUANTO A LA PENA

Nos parecen en general bastante leves (excepto Brasil) teniendo en cuenta los valores conculcados y las consecuencias de este tipo de conductas.

El abuso de poder, es una de las formas de violación funcional, castigadas con mayor dureza y esta figura debiera mantener esa línea.

**Recuérdese que la expoliación a los particulares, cometida por el Estado, puede alcanzar una magnitud enorme, teniendo en cuenta la *generalidad de la aplicación de sus medidas*.**

Así manteniendo un mínimo relativamente bajo, debe ampliarse el máximo de prisión y hasta el doble de inhabilitación.

## CAPÍTULO XXVII - CONCUSIÓN

### I. FÓRMULAS LEGALES

#### Argentina

Artículo 268

“Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores”.

#### Brasil

Artículo 316, inciso 2º

*“2º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos Pena: Reclusão de 2 a 12 anos e multa”.*

#### Honduras

Artículo 377. Última parte

“El funcionario o empleado público que convirtiere en provecho propio o de terceros, las exacciones expresadas en el párrafo anterior, incurrirá en reclusión de dos a seis años”.

#### El Salvador

Artículo 441

“El funcionario o empleado público que abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguno a darle o prometerle indebidamente a él o a un tercero, dinero u otra utilidad será sancionado con prisión de uno a siete años”.

#### Bolivia

Artículo 151

“El funcionario público o autoridad que con abuso de su condición o funciones, directa o indirectamente, exigiere u obtuviere dinero u otra ventaja ilegítima o en proporción superior a la fijada legalmente, en beneficio propio o de un tercero, será sancionado con presidio de dos a cinco años”.

#### Uruguay

Artículo 156

“El funcionario público que con abuso de su calidad de tal o del cargo que desempeña, compeliere o indujere a alguno a dar o prometer indebidamente a él o a un tercero, dinero u otro

provecho cualquiera, será castigado con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría, e inhabilitación especial de dos a seis años. Se aplica a este delito, la atenuante del artículo 154 (dinero o cosas de poco valor)".

## II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al margen de lo ya expuesto en capítulos anteriores, cuando nos referimos a este tema, debemos agregar otro elemento que justifica la represión de esta conducta, cual es: *la de impedir la corrupta y venal actitud de los funcionarios públicos, en beneficio de la incolumidad del cargo que detentan*.

Estas circunstancias le dan a este delito, un carácter *autónomo*, razón por la cual se lo debe analizar por separado.

Por otro lado estas conductas conducen a invariables enriquecimientos de carácter ilícito, que la ley trata de prevenir y en el capítulo siguiente estudiaremos.

En el caso de la ley argentina, se prevé expresamente el agravamiento de pena (mediante multa), por haber actuado el delincuente (funcionario) con ánimo de lucro.

Feuerbach, enseñaba que este delito consistía en un chantaje, realizado para obtener una ventaja personal, mediante el pretexto o amenaza de abuso del derecho, siempre que el hecho no importara otro crimen de mayor gravedad.

Pero a su criterio, el delito se podía cometer no sólo por un funcionario, sino por un particular. Esto es coherente con la óptica del maestro alemán que clasificaba esta clase de delito dentro de las: "Estafas especialmente calificadas o nominadas".

## III. CONDUCTAS TÍPICAS

Todas las legislaciones se refieren a la obtención indebida de un lucro o dinero en beneficio del propio funcionario, pero presentan sensibles diferencias en la conceptualización del delito, que pasaremos a analizar separadamente.

### Argentina - Brasil - Honduras

En el caso de estos países, el núcleo de la acción típica, gira en torno a la *conversión* en beneficio propio, que efectúa el funcionario, de aquellos dineros obtenidos por la vía de exacción ilegal (remisión a la forma básica). Consiste en *la apropiación en su beneficio o de un tercero*, de lo entregado o pagado por parte de la víctima de una exacción ilegal.

Esto implica que:

- a) El funcionario exige o percibe indebidamente para sí; o
- b) Una vez exigido o percibido para la administración, resuelve (dolo sobreviniente) en una segunda etapa, apoderarse de esos recursos (para sí o para un tercero).

En este punto, nos apartaremos seguramente de la conceptualización tradicional de la doctrina y la jurisprudencia, pero a nuestro criterio, la letra de las legislaciones reproducidas, no da lugar a otra interpretación.

Por el contrario, cuando Carrara enumera los elementos de este delito en el párrafo 2568 de su obra, pareciera que exige que *desde el comienzo de la acción*, la conducta del agente ya se encuentre encaminada a obtener un lucro particular (propio o ajeno). Veamos estos elementos que el maestro concebía:

- a) Que se haya obrado para obtener un lucro.
- b) Que este lucro haya sido indebido.
- c) Que con el fin de obtener el lucro se haya empleado, como medio, la amenaza de un acto de autoridad pública.

Esto es así, porque para el maestro italiano, la *concusión*, es la obtención de un lucro indebido, valiéndose del miedo al poder público (*metu publicae potestatis*). Es un delito especial y autónomo.

Lo mismo se le pretende atribuir a Feuerbach quien expresaba que: "se requiere que el beneficio indebido se haya conseguido efectivamente, porque no puede *convertir en su provecho* quien no haya percibido lo que se convierte".

Pero en realidad, para el maestro de Baviera, la conversión es una *consecuencia* que agrava el delito original.

Por último, hay jurisprudencia que avala esta posición que no compartimos y sostiene:

"El término concusión, comprende los casos en que lo exigido es sólo una dádiva dirigida *ab initio* al beneficio particular del funcionario, siendo esta una acción típica contenida en el artículo



266, Código Penal argentino, que no puede ser objeto de la conversión agravante del artículo 268 del Código Penal argentino” (C.A., A.I. nro. 12, 28-II-1975, recop. de Adriana T. Mandelli).

También: “La exigencia de dádivas por un funcionario, en directo provecho propio, configura el delito de concusión, ya que no resulta admisible que pueda, en el orden lógico de las cosas, requerirse dádivas para el Estado, las que sólo pueden ser exigidas por lucro personal” (C.A., A.I. nro. 84, 16-IX-1983, recop. de Adriana T. Mandelli Advocatus).

Este último fallo, a nuestro entender ignora la popular (pero no por ello falta de vigencia) frase que dice: “la ocasión hace al ladrón”. Por el contrario, creemos que *en el orden lógico de las cosas, efectivamente un funcionario puede comenzar exigiendo o cobrando indebidamente, dineros que luego aprovecha en su beneficio o de un tercero*.

Entonces, ambas hipótesis son admisibles a los fines de la configuración del delito. Esto es: dolo inicial de aprovechamiento o dolo sobreviniente en la conversión en su propio beneficio, de lo que era inicialmente una exacción simple.

Si el delito requiriera para su configuración este *dolo inicial* al que hacen referencia los fallos reproducidos, ¿cómo se calificaría la conversión posterior, que no haya sido planificada de antemano? ¿Impune? Salgámonos de las deliberaciones de gabinete y pensemos el criterio penal con visos de realidad que ya bastante mal se hace a la sociedad, elucubrando teorías que solo satisfacen el ego pseudocientificista de unos pocos y trabajo en descrédito de nuestra disciplina.

Para no dejar conductas en la impunidad, véase que este segundo fallo citado, fuerza la interpretación, al “presumir” que la exacción siempre conlleva una finalidad de lucro personal.

Pero, tal inteligencia de la ley, se contradice hasta con la misma fórmula típica, que ha situado en el núcleo de la conducta, el verbo *convertir*.

Todas las legislaciones por igual, reprimen esta forma extorsiva de obtener un beneficio de carácter patrimonial, independientemente de la fórmula utilizada, aunque en realidad son equivalentes, pero respetuosamente, creemos que en todos los casos, la interpretación correcta, es la que sostenemos *con mayor amplitud punitiva indudablemente*.

En definitiva: Hay *concusión* cuando el agente convierte en su beneficio o el de un tercero, lo que le ha arrancado al particular, independientemente de que haya tenido tal finalidad o no al comienzo del *iter criminis* (exacción).

#### **El Salvador - Bolivia - Uruguay**

En estos casos, la interpretación es mucho más restringida y aquí aceptamos la doctrina jurisprudencial argentina que antes criticamos, pues se adapta mejor a estas leyes.

Entonces en estas naciones, *concusión* es la exigencia arbitraria e indebida que el funcionario efectúa, en su propio beneficio o de un tercero. Desde el comienzo, la acción es una sola. El dolo es directo. El fin del autor predisponía su accionar.

#### **IV. SUJETOS**

Para Argentina y Brasil, el *sujeto activo* es ineludiblemente un funcionario público, que lleva a cabo esta conducta en su beneficio o de un tercero. Este último será alcanzado en su caso, por las reglas de la codelincuencia en cuanto sea necesaria su intervención para configurar el delito.

Otros autores sustentan la opinión de que se estaría ante un caso de coautoría, lo que no es del todo descartable. En cambio, no se puede afirmar como Creus, que el tercero beneficiario intervendría como cómplice principal, ya que para el funcionario, el delito se consuma con absoluta independencia de dicha participación.

Cuando el funcionario público obtiene la entrega ilegal, es indiferente que destine este lucro indevido a un tercero, o se beneficie él mismo.

En cambio Honduras y El Salvador, prevén la autoría del ilícito, tanto por parte de un funcionario como de un empleado y ello obliga a interpretar, que tal empleado, deberá hallarse en situación de encarnar alguno de los verbos-núcleo de la figura básica de *exacciones*, pues de lo contrario no se explica bien cómo amedrentaría o extorsionaría de algún modo al sujeto pasivo.

En Argentina y Brasil, la situación del empleado que simula autoridad a los fines de obtener un acto de disposición patrimonial de parte del sujeto pasivo, entra en el tipo de la *extorsión* (si se utilizó intimidación, se invocó falsa orden de autoridad, etc.); o en el de la *estafa* (si se utilizó ardid o engaño).

Si volvemos sobre el objeto de protección genéricamente descripto para los delitos contra la Administración Pública como así también la necesidad de prevenir la corrupción en los estamentos oficiales, nos parecen más adecuadas las previsiones hondureñas y salvadoreñas. Mas celosas del prestigio de su administración.

*Sujeto pasivo*, es (como en todos los casos analizados) el particular que por intimidación o engaño, es exigido o paga o entrega. Pero mediatamente también se ve afectada la sociedad y la Administración Pública, por el descrédito de la que ésta es víctima.

V. ELEMENTO INTENCIONAL

Nos remitimos a lo expresado en el mismo tópico dentro de las exacciones simples.

Queremos, sin embargo, dejar sentado que no compartimos respetuosamente, aquella jurisprudencia que sostiene que el *dolo* en este delito, se debe dar *ab initio*, pues una vez consumada la exacción simple, bien puede el funcionario *decidir* la conversión en provecho propio, cediendo ante la tentación, como ocurre con Argentina, Honduras y Brasil. Por ello, no se cometerían dos delitos distintos sino uno solamente: *concusión*.

Con lo dicho, en el caso de estos últimos países, no interesa para nuestro modo de ver, que el dolo sea inicial o final. Sino que basta la intención y decisión de convertir la dación original del particular, en provecho propio o de un tercero para que se consume la *concusión*. En cambio sí aceptamos la postura de un dolo inicial (y la consecuente unidad de fin), en los supuestos de El Salvador y Bolivia.

VI. NATURALEZA

Es un delito de *resultado* que admite perfectamente la *tentativa*, cuando *la conversión* en el propio beneficio o de un tercero no logra llevarse a cabo por circunstancias ajenas.

La sola exigencia no correspondida o denunciada o abortada por la víctima, deja atrapada la conducta del agente en la figura básica de la *exacción* (Remisión).

Con la obtención del lucro indebido o conversión en beneficio del funcionario, se da la condición de mayor punibilidad y se *perfecciona* a su vez la figura.

VII. EN CUANTO A LA PENA

Ya hemos expresado la levedad que nos sugiere. Compárese especialmente esta figura con el *cohecho* y la necesidad de prever una pena mayor, que sea consecuente con la mayor gravedad que representa la *concusión*, porque el medio extorsivo utilizado agrega el plus de *abuso de autoridad*.

Pero además, resulta casi un absurdo que el delito de extorsión, tenga una pena más grave que esta *extorsión* de Estado, a nuestro modo de ver, mucho más reprochable ética, jurídica e institucionalmente, que la exigencia efectuada por un particular.

FRAUDE CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA:

Villada, Jorge L. Abeledo-Perrot

DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PUBLICA 1999

CAPÍTULO XL - FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. FÓRMULAS LEGALES

Argentina

Artículo 174, inciso 5º

“Sufrirá prisión de dos a seis años: ”...el que cometiere fraude en perjuicio de alguna Administración Pública.

“En los casos de los dos números precedentes, el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua”.

Chile

Artículo 239

“El empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidad o a los establecimientos

públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del 10 al 50% del perjuicio causado”.

## **Honduras**

### **Artículo 376**

“El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en reclusión de dos a seis años”.

## **Uruguay**

### **Artículo 160**

“El funcionario público que directamente o por interpuesta persona, procediendo con engaño en los actos o contratos en que deba intervenir por razón de su cargo, dañare a la administración en beneficio propio o ajeno, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría y la inhabilitación especial de dos a seis años”.

## **II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

A través de las distintas formas que puede asumir la estafa o la defraudación, *se protege en general la integridad del patrimonio de las personas sean éstas físicas o jurídicas*.

Esta integridad patrimonial se ve perjudicada no solamente cuando disminuye una parte de sus activos (cosas materiales o bienes) sino también cuando se incrementa su pasivo (obligaciones, deudas, etc.).

Tal es la inteligencia que surge de las formas delictivas contempladas por la ley penal y no hay mayores inconvenientes, para aseverar, que el perjuicio económico surge de la disminución del activo, cuando se analizan los supuestos que enuncia el artículo 173. Pero para asimilar la noción de perjuicio al incremento del pasivo conviene remitirse a la expresión que muchas legislaciones usan: “perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular de éstos” o como dice el Código de Chile, “privándole de un lucro legítimo”.

El delito que tratamos aparece como una forma especializada de la estafa y la defraudación, *en razón del sujeto pasivo que es el Estado*. Conforme a ello, se ha dicho:

“El fraude a la Administración Pública, no representa un delito autónomo. No atiende a una modalidad de fraude, sino a la naturaleza del ofendido por el delito, que debe ser un órgano de la Administración Pública” (C.N.A.C.C., Sala I, 22-IV-1989).

Con adecuado criterio, el legislador prevé una sanción mayor, debido a la repercusión del daño que tiene este delito. Es que el fraude al Estado, implica un daño al patrimonio público, al patrimonio de la sociedad toda.

Además, se pretende evitar que el funcionario público mismo, sea quien lleve a cabo conductas perjudiciales en contra de los intereses que le son confiados en razón de su cargo o no y es por esta razón que hemos incluido su estudio entre los delitos *que puede cometer el funcionario público*. De allí la razón de aplicarle conforme al último párrafo (y en la generalidad de las legislaciones), una pena mayor. En el caso argentino, la de inhabilitación especial perpetua, sin perjuicio de la multa conjunta (pena complementaria), que prevé el artículo 22 bis, comprobado el ánimo de lucro del autor.

## **III. CONDUCTAS TÍPICAS**

Las leyes utilizan indistintamente la expresión *defraudar o cometer fraude*. Esto significa la utilización de cualquier medio comisivo de los contemplados en la ley penal, como formas de estafa.

Para ello debe recordarse que genéricamente comete fraude quien mediante ardid o engaño logra que la víctima (o quien actúe por ella), realice un acto voluntario de desplazamiento patrimonial en favor del agente o de un tercero que le causa perjuicio patrimonial.

En el caso de Uruguay, se requiere además de los requisitos antes mencionados, que el autor obtenga un *beneficio para sí o para un tercero*.

Por otra parte, debe tenerse presente que dentro de las modalidades estafatorias las diversas formas de abuso de confianza consisten esencialmente en la causación de un perjuicio patrimonial, aprovechando en forma abusiva o intervirtiendo derechos o títulos en virtud de los que se detenta el bien o la cosa que le ha sido confiada voluntariamente por la víctima al autor.

## **Argentina**

Las formas comisivas posibles son:

- a) Fraude con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza, apariencia de bienes, apariencia de crédito, simulando comisión, simulando empresa o negociación o *genéricamente* mediante cualquier ardid o engaño (Art. 172, Cód. Pen. argentino).
- b) Fraude en la sustancia, calidad o cantidad de cosas entregadas en virtud de un contrato o título obligatorio (Art. 173, inc. 1º, Cód. Pen. argentino).
- c) No restituir dinero, efectos o cosa mueble recibida en depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver (Art. 173, inc. 2º, Cód. Pen. argentino).
- d) Haciendo suscribir con engaño un documento (Art. 173, inc. 3º).
- e) Abusando de firma en blanco (Art. 173, inc. 7º).
- f) Sustracción de cosa mueble, conocido como hurto impropio (Art. 173, inc. 5º).
- g) Mediante contrato simulado o falso recibo (Art. 173, inc. 6º).
- h) Administración fraudulenta (Art. 173, inc. 7º).
- i) Sustituyendo, ocultando o mutilando un proceso, expediente o documento (Art. 173, inc. 8º).
- j) Vendiendo o gravando bienes litigiosos, embargados o gravados como si fueran libres o no siendo propios (Art. 173, inc. 9º).
- k) Mediante pretexto de remuneración debida (Art. 173, inc. 10).
- l) Mediante desbaratamiento de derechos acordados (tornando imposible, incierto o litigioso el derecho acordado sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente al mismo en las condiciones pactadas siempre que el derecho o la obligación hayan sido acordadas a otro por un precio o como garantía, mediante cualquier acto jurídico respecto al mismo bien) (Art. 173, inc. 11).
- m) Perjudicando los intereses de la administración, cuando actúe como cocontratante de un administrador de fondos comunes de inversión, de un dador de contrato de *leasing*, o como un titular fiduciario (Art. 173, inc. 12).
- n) Mediante la ejecución o remate de bienes que garantizan una deuda, aún no incumplida o ejecutable. O que el remate se cumpliera sin los requisitos procedimentales exigidos (Art. 173, inc. 13).
- o) No consignando los pagos parciales recibidos en perjuicio del deudor hipotecario (Art. 173, inc. 14).
- p) Mediante seguros (Art. 174, inc. 1º).
- q) Mediante pesas o medidas falsas (Art. 174, inc. 3º).
- r) Mediante materiales de construcción (Art. 174, inc. 4º).

Como se deja ver todas las formas de *fraude* están incluidas en las formas comisivas. La conducta entonces, será cualquiera de las enunciadas, o que en general *mediante cualquier ardid o engaño*, conduzcan al mismo resultado patrimonial lesivo.

## Chile

Este país prevé:

- a) *Defraudar* al Estado, municipalidades o establecimientos públicos de instrucción o beneficencia. Presupone que el agente público, maliciosamente desarrolla el ardid o engaño dirigido a ocasionar el perjuicio patrimonial.
- b) *Consentir que se defraude* al Estado, municipios, establecimientos de instrucción o beneficencia. Esta conducta presupone que el autor, permite dolosamente que otro desarrolle la conducta estafatoria o fraudulenta. No colabora o coopera, pues en tal caso sería cómplice o coautor etcétera. Simplemente permite. Deja hacer, pero intencionadamente.

Los efectos que deben producirse (requisito de configuración del tipo), son:

- Originarles una pérdida.
- Privarlos de un lucro legítimo.

En ambos casos, hay una forma de detrimento patrimonial específico. Y reiteramos que el bien jurídico protegido por el delito de *estafa* o *fraude*, es siempre la integridad del patrimonio, que en este caso, se centra en el las entidades especialmente definidas por la ley.

## Honduras

Este país, reprime el *fraude* al Estado por parte del funcionario bajo las siguientes hipótesis comisivas:

- a) Concierto con interesados o especuladores.
- b) Uso de ardid o engaño en:
  - Comisión de suministros.
  - Contratando por la administración.
- c) Realizando ajustes, liquidaciones de efectos o haberes públicos.

## Uruguay

Se reprime al funcionario que actuando por sí o por interpósita persona, *daña a la administración en beneficio propio o ajeno*, mediante engaño en actos o contratos, en los que intervenga en razón de su función.

Como se ve, hay dos elementos caracterizantes del *fraude*:

- a) Daño al patrimonio público.
- b) Obtención de un beneficio ilegítimo.

Esto es compatible con el tipo básico de la *estafa* (Art. 347, Cód. Pen. uruguayo), que requiere de ambos elementos para la configuración de este *delito contra la propiedad mueble de la que se está en posesión*, como se lo llama en dicho ordenamiento legal.

## IV. SUJETOS

*Sujeto activo* para Argentina, puede ser cualquier persona. Pero en el caso de que sea un empleado o funcionario público, el autor sufrirá además la pena de inhabilitación perpetua para desempeñarse en la Administración Pública.

En cambio para Honduras, Chile y Uruguay, *sujeto activo* es el empleado o funcionario público, que por razón de su cargo interviene en una operación o negocio en la que están involucrados los intereses y el patrimonio del Estado (en las formas expresamente previstas por cada legislación).

*Sujeto pasivo* en todas las legislaciones analizadas, es la Administración Pública (su patrimonio) en general, cualquiera sea la forma de organización de la misma (centralizada o descentralizada; con función ejecutiva, legislativa o judicial, sea nacional, provincial o municipal, autónoma o autárquica).

Basta que se dañe o menoscabe patrimonio público (en todo o en parte) para que la persona jurídica que lo detente sea considerada Administración Pública.

Sin embargo, se deben distinguir aquellas situaciones en que el Estado participa del patrimonio de la persona jurídica ofendida. Si lo hace como un accionista más, aun cuando su capital sea mayoritario, no existirá la figura que estudiamos pues la persona jurídica sigue siendo de derecho privado.

Tampoco deben llamar a confusión, aquellas entidades que ostentan nombres de carácter oficial pero que realizan actividad privada y su patrimonio participa en actividades de riesgo comercial o especulativo, como ocurre con los bancos provinciales.

Presentan un inconveniente las sociedades del Estado, que se manejan con la legislación comercial común, para quienes se establece en la misma ley de creación, que se rigen por las disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales, a pesar de que su directorio es nombrado por el Estado, que su patrimonio inicial ha sido íntegramente aportado por el Estado.

Las más de las veces, tienen por objeto actividades de promoción social.

Si bien en estos casos el *fraude* en perjuicio de las mismas puede escapar a la calificante bajo estudio, sus responsables no dejan de ser funcionarios públicos y sus conductas quedan atrapadas por las disposiciones analizadas.

Parece contradictorio, pero debe tenerse presente que cuando el Estado hace un aporte inicial en este tipo de sociedades lo es para promover una determinada actividad productiva de desarrollo. Así, el capital es público hasta el momento de ingresar al patrimonio de la sociedad y a partir de entonces adopta una naturaleza privada, sujeto a los vaivenes de la actividad comercial o empresaria comprendida.

Como el bien jurídico protegido es el patrimonio público el perjuicio patrimonial de estas sociedades queda en una defraudación simple.

## V. ELEMENTO SUBJETIVO

Como todas las formas de *estafa*, se exige la forma *dolosa*.

*Excusan* el error de hecho, la ignorancia y hasta el error de derecho extrapenal.

## VI. NATURALEZA

Es un delito de *resultado*, pues en todos los casos se consume con el efectivo daño patrimonial (producido al momento del desplazamiento). Por ende admite la *tentativa* y se consume *instantáneamente* como todos los delitos de estafa, al producirse el mencionado perjuicio patrimonial o como dicen otros autores, al producirse el desplazamiento patrimonial perjudicial. (Conf.: “El *fraude* a la Administración Pública, como toda forma de *estafa*, importa un daño efectivo al patrimonio estatal que se vio impedido aunque temporalmente de la disponibilidad de esos dineros. La ulterior reparación del perjuicio ocasionado no afecta la consumación delictiva, que es instantánea”, C.N.A.C.C., Sala II, 11-II-1986).

## VII. PENA

Desde ya la misma nos parece adecuada en todos los casos y especialmente en la ley argentina, en cuanto a la discriminación que se efectúa con respecto al *sujeto activo*, cuando pertenece a la Administración Pública, ya que además de vulnerar el patrimonio público, viola los deberes de resguardo que le son propios del cargo, función o empleo que ostenta (por infidelidad o abuso).

## VIII. CONFLUENCIA DE FIGURAS

El fraude a la Administración Pública, supone básicamente un daño al patrimonio público. Es interesante el planteo de Ricardo Núñez, cuando al referirse al delito de *peculado*, manifiesta que este presupone un daño patrimonial a la administración. Por ende y siguiendo el pensamiento de este autor, *peculado* y *fraude*, podrían concurrir en forma ideal.

Sin embargo, otros calificados autores, como Daniel Carrera sostienen que el *peculado*, es un delito formal, que no requiere de lesión patrimonial como exigencia del tipo para su configuración.

Remitiéndonos a lo expuesto en oportunidad de referirnos al bien jurídico protegido y a conductas típicas en Argentina, en el capítulo de *peculado*, creemos que la solución correcta es la de Núñez, que aunque no lo parezca, se complementa con la de Carrera.

Así, el delito de peculado, se consumará cuando el funcionario *sustraе* o *permite que otro sustraiga* y el concurso quedará establecido (a nuestro entender siempre), cuando lesione el patrimonio público configurándose el *fraude*.

## IX. MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS. EL FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se ha planteado en innumerables oportunidades, el problema de los funcionarios que utilizan maquinarias o vehículos que pertenecen a la administración y que le son asignados a estos sujetos en razón de sus funciones o al área de su competencia y que *graciosamente* el funcionario o el empleado público, o un tercero con su anuencia, utilizan para fines particulares; o para actividades proselitistas o en beneficio de terceros, etcétera.

Al no ser bienes expresamente enunciados por el tipo penal, como el caso de los *servicios* o *trabajos* pagados por una administración, no caen bajo las previsiones del peculado.

Ante ello, hemos visto más de un juez o fiscal, *archivar las actuaciones* porque no lograban un encuadramiento eficaz de las conductas descriptas, que El Salvador, Colombia, Brasil y República Dominicana tienen perfectamente previstos, cuando agregan a sus previsiones legales: “...o bienes, o cosas muebles que tengan bajo su cuidado o custodia”.

¿Cómo se resolvería el problema en Argentina, por ejemplo, donde expresamente la jurisprudencia ha dicho que estas conductas no son *peculado* (pero tampoco aclaró si constituyen otro delito)? Véase a título de ejemplo la siguiente: “El peculado de uso de cosas, bienes o máquinas no se pena, sino el aprovechamiento de trabajos y servicios, haciendo referencia a la actividad humana y corporal o intelectual que son pagados por una Administración Pública” (C.N.Fed. C. y C., Sala I, 3-VII-1986).

El uso de una maquinaria, produce un necesario desgaste y que contablemente se refleja año a año, como “depreciación del valor del bien”. Esto significa que el uso de toda maquinaria, produce una desvalorización del vehículo y por ende del patrimonio de la administración, dueña del mismo.

Este patrimonio público, entonces, se ha visto disminuido por acción y efecto de un uso, que en caso de ser de carácter particular, no importando quien sea el beneficiario, se traduce en una forma de *fraude por abuso de confianza en perjuicio de la Administración Pública*.

Recuérdese, que el delito de *estafa* (o *fraude*), para su consumación, requiere que el daño causado a la víctima, lo haya sido por efecto de una conducta provocada por el agente, que mediante ardid o engaño, induce a la disposición patrimonial perjudicial. Pero en otros casos, la ley reemplaza este requisito del ardid o engaño, por el de quien *aprovechándose* de las facilidades que se le otorgan respecto a la administración o disposición de los bienes confiados, produce un perjuicio al titular del patrimonio.

Estos casos, se pueden dar por *administración fraudulenta* o por *abuso de confianza*. Deshechamos el primer supuesto, porque en el mismo, el administrador infiel, debe tener conciencia e intención de perjudicar, o al menos actuar a sabiendas de que el resultado de su conducta, será dañoso para la víctima, sea por disminución de los activos o por aumento del pasivo.

En cambio, en la *estafa por abuso de confianza*, el requerimiento típico, se satisface con la “intervención del título”, en virtud del cual el agente del delito produce el daño.

En efecto, se comporta como dueño, respecto de una cosa que detenta por otro título (en este caso, por administración o custodia).

**VI. JURISPRUDENCIA:**

**COMPETENCIA:**

LA COMPETENCIA PENAL	- Albrecht, Paulina - Amadeo, José L.
LexisNexis - Depalma	2002

**COMPETENCIA PENAL / 04.- Competencia territorial / d) Delito continuado o permanente**

A los delitos cuya acción ejecutiva ha tenido lugar en distintas jurisdicciones se los debe reputar cometidos en todas ellas, no dependiendo de la naturaleza del bien jurídico protegido, ni del carácter instantáneo o permanente de la lesión, la determinación del órgano jurisdiccional que debe entender en la causa, sino de la forma en que concretamente se haya desarrollado el hecho, atendiendo a razones de economía procesal (8/3/1983, "López", Fallos, 305:223; ídem, 9/11/1976, "Granucci", Fallos, 296:355).

En el caso de delitos cuya acción ejecutiva ha tenido lugar en distintas jurisdicciones y que deben reputarse cometidos en todas ellas, las razones de economía procesal que determinan el órgano jurisdiccional que debe entender en la causa gravitan decisivamente para que el juicio permanezca radicado ante el magistrado que ha intervenido hasta la sentencia definitiva (9/11/1976, "Granucci", Fallos, 296:355).

Cuando tramos típicos del hecho ilícito se han cumplido en distintas jurisdicciones, corresponde entender al juez en cuya jurisdicción se ha llevado a cabo la investigación en su totalidad y donde tiene su domicilio el denunciante (4/12/1986, "Segovia", Fallos, 308:2425).

Aunque cabe atribuir competencia a los jueces de cualquiera de los lugares en que se desarrolló el proceso ejecutivo del delito, corresponde, sin embargo, dar preferencia a los tribunales con potestad sobre el lugar donde aquél se consuma, excepto que razones de economía procesal aconsejen una solución distinta (22/4/1970, "Buzzalino", Fallos, 276:250).

**ACTO ADMINISTRATIVO**

**Citar Lexis Nº 14/22662 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

Un acto del Estado es arbitrario cuando se resuelve contra o con prescindencia de la ley.  
(C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 11/2/1993, - Inza, Ambrosio y otra v. Municipalidad de General Pueyrredón s/ Amparo).BA B1400576.  
MAG. VOTANTES: de la Colina , Oteriño , Dalmasso

**Citar Lexis Nº 14/44917 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

Ninguna repartición estatal puede dejar de aplicar el principio de 'legalidad objetiva', esto es la defensa de la norma jurídica objetiva con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo.

(Sup. Corte Bs. As., 22/5/1984, - Huayqui S.A. v. Municipalidad de La Plata s/ Demanda Contencioso Administrativa).BA B3680.

MAG. VOTANTES: Vivanco , Negri , Cavagna Martínez , Rodríguez Villar , San Martín

**Citar Lexis Nº 14/60788 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

Es nulo el acto administrativo que dispuso la baja del agente por aplicación de un decreto reglamentario que a la fecha de su dictado aún no había sido publicado pues las normas dictadas o promulgadas pero no publicadas carecen de vigencia, dado que la publicación es una condición sine qua non de su obligatoriedad.

(Sup. Corte Bs. As., 6/2/1990, - Minietto, Gabriel Horacio v. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa).BA B80006.

MAG. VOTANTES: Negri , Mercader , Laborde , Rodríguez Villar , Cavagna Martínez

**Citar Lexis Nº 14/61797 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

Se ajusta a derecho el acto particular que, ante la existencia de incompatibilidad entre la norma reglamentaria y la Ordenanza, se sustentó en esta última de conformidad con el principio de legalidad que impone el respeto de los niveles jerárquicos normativos (Art. 31 Const. Nac. ).

(Sup. Corte Bs. As., 3/9/1991, - Dewey de Guevara, Rebeca L. v. Municipalidad de San Vicente s/ Demanda contencioso administrativa).BA B80963.

MAG. VOTANTES: Laborde , Negri , Pisano , Rodríguez Villar , Vivanco

**Citar Lexis Nº 14/62378 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

La validez o nulidad de los actos administrativos debe juzgarse a la luz de las disposiciones vigentes en el momento en que se dictan.

(Sup. Corte Bs. As., 2/6/1992, - Rodríguez José Oscar v. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa).BA B81534.

MAG. VOTANTES: Negri , Laborde , Rodríguez Villar , Salas , Mercader , San Martín , Ghione , Pisano , Vivanco

**Citar Lexis Nº 14/63018 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

Resultan ilegítimos los actos administrativos que desconocen lo resuelto en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En el caso se ordenó al actor la devolución de lo que había percibido en concepto del beneficio previsto en la ley 8537 por considerar que el mismo era incompatible con el cobro de la indemnización por accidente de trabajo, cuando un Tribunal del Trabajo había declarado que ambos beneficios no son incompatibles y pueden acumularse.

(Sup. Corte Bs. As., 10/12/1992, - Fernández, Jorge Luis v. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa).BA B82144.

MAG. VOTANTES: Laborde , Pisano , Rodríguez Villar , Mercader , Negri

**Citar Lexis Nº 14/72923 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

La Administración -al igual que toda la actividad estatal- se encuentra sometida al principio de legalidad, por el cual el Estado a la vez que impone la observancia de ciertas reglas, se somete a las mismas, asegurando de tal modo el equilibrio entre las prerrogativas del Poder y los derechos de los individuos.

(Sup. Corte Bs. As., 10/5/2000, - Guardiola, Luis Mariano v. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa).BA B88967.



MAG. VOTANTES: Negri , Hitters , Laborde , Pettigiani , Pisano , Salas , San Martín , Ghione , de Lázzari

**Citar Lexis N° 14/72944 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

La juridicidad configura el marco del cual no puede sustraerse la actividad del Estado nacional, provincial o municipal. Por tanto, es preciso que las decisiones estatales respeten los procedimientos esenciales previstos en las normas legales, y cuyo cumplimiento se erige en una garantía de los administrados que adquiere excepcional significación para la vigencia de la legalidad dentro de la Administración Pública.

(Sup. Corte Bs. As., 10/5/2000, - Pérez, Estela Adriana v. Municipalidad de Tigre s/ Demanda contencioso administrativa).BA B88995.

MAG. VOTANTES: Hitters , Pettigiani , Laborde , Pisano , Ghione , de Lázzari , San Martín , Salas , Negri

**Citar Lexis N° 14/72946 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Legalidad**

**ÓRGANO ADMINISTRATIVO - Competencia**

Ninguna repartición estatal puede dejar de aplicar el principio de legalidad objetiva, esto es la defensa de la norma jurídica con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo. La sujeción de la Administración al postulado de maras determina que toda actuación estatal se encuentre acorde con normas atributivas de competencia orgánica con sustento en las cuales se dicten los actos pertinentes.

(Sup. Corte Bs. As., 10/5/2000, - Pérez, Estela Adriana v. Municipalidad de Tigre s/ Demanda contencioso administrativa).BA B88997.

MAG. VOTANTES: Hitters , Pettigiani , Laborde , Pisano , Ghione , de Lázzari , San Martín , Salas , Negri

**Citar Lexis N° 14/72583 - Corte Buenos Aires**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Nulidad**

La validez o nulidad de los actos administrativos debe juzgarse a la luz de las disposiciones vigentes en el momento en que se dictan, juicio que se facilita cuando la irregularidad o vicio es tan patente que no presenta ninguna duda, es decir, cuando la irregularidad del acto se destaca en forma certera e indiscutible, siendo un hecho notorio que surge de la mera confrontación del acto con el orden jurídico positivo y su dictado es contra legem.

(Sup. Corte Bs. As., 5/4/2000, - Tamarit, Carlos v. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa).BA B88864.

MAG. VOTANTES: Hitters , Pettigiani , Laborde , Pisano , Ghione

**Citar Lexis N° 14/62816 - Corte Buenos Aires**

**SANCIONES DISCIPLINARIAS - Revisión**

**ACTO ADMINISTRATIVO - Nulidad**

Resultan aplicables a la revisión de los actos administrativos dictados en ejercicio de la potestad disciplinaria, los principios generales elaborados en la materia sobre la base de la juridicidad ínsita en la actuación de todos los órganos estatales a partir del Art. 31 de la Constitución Nacional, que permiten el análisis de la existencia de los elementos que conforman el acto administrativo, la configuración en el caso de todos ellos conforme a derecho -comprendiendo las normas de aplicación supletoria o analógica (arts. 1, dec. ley 7647 ; 159, Constitución Provincial)- y la consiguiente constatación de los vicios que pudieren justificar su anulación, incluida por cierto la irrazonabilidad en el ejercicio de las facultades discrecionales.

(Sup. Corte Bs. As., 10/11/1992, - Trezza, Alicia Sara v. Provincia de Buenos Aires /I.O.M.A. s/ Demanda contencioso administrativa).BA B81957.

MAG. VOTANTES: Mercader , Ghione , Negri , Laborde , Salas , San Martín , Pisano , Vivanco

**Citar Lexis N° 14/75603 - Corte Buenos Aires**

## **ACTO ADMINISTRATIVO - Motivación**

### **ACTO ADMINISTRATIVO - Nulidad**

El déficit de fundamentación de la decisión del Tribunal de Cuentas que aplica una sanción acarrea la nulidad de la misma (Art. 108, dec. ley 7647/1970)

(Sup. Corte Bs. As., 7/2/2001, - Lozano, Julio César v. Provincia de Buenos Aires /Tribunal de Cuentas s/ Demanda contencioso administrativa /B 55953 S).BA B89660.

MAG. VOTANTES: Hitters , de Lázzari , Negri , Pisano , Pettigiani

## **EXACCION ILEGAL:**

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales a) Generalidades**

En la extorsión el sujeto activo puede ser cualquier persona mientras que en los delitos de exacciones ilegales y concusión sólo puede serlo un funcionario público que, además actúa abusando de sus funciones, o sea que en estos últimos casos se requiere que plantee sus exigencias invocando las funciones que desempeña. Si no las tiene o las simula la conducta se desplaza hacia la extorsión.

(C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, 10/08/1995 - Perretta, Jorge A. y otros). JA 1996-III-203.

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales a) Generalidades**

En materia de exacciones, la dádiva no es sólo la retribución por lo que debía hacer gratuitamente el funcionario, sino cualquier contribución graciable exigida por los funcionarios en nombre de la administración.

(C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 29/08/2000 - Varela Cid, Eduardo). JA 2002-I-479.

### **FALLO IN EXTENSO - (C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 29/08/2000 - Varela Cid, Eduardo). JA 2002-I-479.**

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, agosto 29 de 2000.- Antecedentes: 1. Que el Trib. Nac. Oral Crim. Fed., n. 5, en la causa 324 de su registro -por veredicto de fecha 4/5/1999, cuyos fundamentos fueron dictados el 11/5/1999-, resolvió condenar a Eduardo Varela Cid como autor penalmente responsable del delito de concusión, a las penas de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional y a cinco años de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos y costas, evento acaecido el 12/7/1995 (arts. 20 , 26 , 29 inc. 3, 40 , 41 , 45 y 266 CPen. y 403 y 531 CPPN.) -punto 2 de la parte dispositiva-, y dispuso que durante el plazo de dos años fije su residencia, comunique al juez de ejecución cualquier modificación de la misma y realice tareas comunitarias no remuneradas por cuatro horas semanales en el Hospital "Juan A. Fernández" de la Capital Federal (Art. 27 bis , incs. 1 y 8 CPen., texto según ley 24316 [1]) -punto 4 de la parte dispositiva-.

Asimismo, condenó a Juan J. Girella a la pena de un año y nueve meses de prisión de ejecución condicional, tres años de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos y costas, por considerarlo partícipe necesario penalmente responsable del delito de concusión, evento acaecido el 12/7/1995 (arts. 20 , 26 , 29 inc. 3, 40 , 41 , 45 y 266 CPen. y 403 y 531 CPPN.) -punto 3. de la parte dispositiva-, y dispuso que durante el plazo de dos años fije residencia y comunique al juez de ejecución cualquier modificación y realice tareas comunitarias no remuneradas por cuatro horas semanales en el Hospital "Francisco Santojani" de la Capital Federal (Art. 27 bis inc. 1 y 8 CPen., texto según ley 24316 ) -punto 5. de la parte dispositiva- (fs. 2752/2753 vta. y 2757/2774 vta.).

2. Que contra dicha resolución el Dr. Marcelo C. Sánchez, defensor de Juan J. Girella, y el defensor público oficial, Dr. José E. García, asistiendo a Eduardo Varela Cid, interpusieron recurso de casación (fs. 2780/2783 y 2784/2886 vta., respectivamente), los que fueron concedidos a fs. 2889 vta. y mantenidos a f. 2898 por la defensora pública oficial ante esta instancia, Dra. Laura B. Pollastri, y a f. 2899 por la defensa particular; sin adhesión por parte del fiscal general ante esta Cámara, Dr. Pedro Narvaiz (fs. 2897 vta.).

3. Que el Dr. Marcelo C. Sánchez fundó su recurso en lo dispuesto por el Art. 456 ins. 1 y 2 CPPN., solicitando que se declare la nulidad de la sentencia y se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Expuso que la misma resulta arbitraria, dado que seleccionó sólo parte del plexo probatorio producido en la audiencia de debate.

4. Que la defensa oficial de Eduardo Varela Cid fundó su recurso en lo dispuesto por el Art. 456 incs. 1 y 2 CPPN., ya que sostuvo que la sentencia es arbitraria y que incurrió en errónea

aplicación de la ley sustantiva, afectando el principio de legalidad, la defensa en juicio, el principio de inocencia y el de culpabilidad, contenidos en los arts. 18 y 75 inc. 22, ambos de la Constitución Nacional.

En relación a la adecuación típica de la presunta conducta de su defendido, expuso que el tribunal, al momento de sentenciar, concluyó que el accionar endilgado a su asistido configuraba el delito de concusión contemplado en el Art. 266 CPen., acordando con la postura doctrinaria adoptada por Ramos Mejía en cuanto a que la reseña que hace del citado Art. 266 en relación a la dádiva, constituye un delito autónomo e independiente.

Con cita de Núñez, Creus, Soler, Moreno y Anaya concluyó el recurrente que la dádiva asentada normativamente en la letra del citado Art. 266 , a contrario de lo sostenido por los sentenciantes, puede ser exigida en beneficio de la administración pública, lo que determina -a su criterio- que el Art. 268 del mismo cuerpo legal efectivamente pueda jugar con relación a la dádiva, que sin duda configura una posible exacción más; y como consecuencia de ello, tal dádiva no constituye un delito autónomo, sino una hipótesis más de exacción ilegal. Afirmó que es suficiente una hipótesis corroborable en cuanto a la exigencia de una dádiva en beneficio de la administración pública, para destruir la hipótesis de Ramos Mejía adoptada por los sentenciantes.

Concluyó, en definitiva, que la dádiva prevista en el Art. 266 CPen. es la que se exige en beneficio sólo de la administración y que las que se exigen por un funcionario público en directo beneficio personal, son las contempladas en el Art. 268 CPen.; consecuentemente, afirmó que la conducta que se achacó a Varela Cid no se adecua a las previsiones del Art. 266 , la que o bien se encuentra prevista y reprimida por el Art. 268 CPen. o bien resulta atípica.

Como corolario de lo expresado precedentemente sostuvo que, de acogerse su planteo, esta Cámara deberá, en caso de concluir en la aplicación del Art. 268 CPen., en pos del principio de la reformatio in peius, y en el caso de considerar atípica la conducta de Varela Cid, en pos del principio de legalidad, sobreseer definitivamente a su defendido en relación a la conducta referida. Afirmó que el criterio del legislador y de la doctrina mayoritaria es contrario a lo afirmado por la sentencia, por lo que la irregularidad del texto legal no puede jugar en contra del imputado.

Expuso que no hay duda, como señala Ramos Mejía, de que el Código Penal debió en forma autónoma reprimir el delito de concusión, lo que no es nuevo, ya que los proyectos de los años 1941, 1951, 1953, 1960 y 1979 así lo han propugnado, al igual que Peco y Soler lo expresan en la exposición de motivos que fundamentan sus proyectos, pero, hasta tanto dicha reforma no se materialice, la ley deberá ser interpretada de la manera que su letra y espíritu lo demanda, por lo que solicitó que se haga lugar al recurso y se sobresea a su defendido por resultar atípica su conducta.

En relación a la exigencia, elemento objetivo del tipo, sostuvo que el tribunal entendió que Varela Cid, con la participación necesaria de Girella, exigió a Ongaro una suma de dinero a fin de evitar que la ley de correos fuera aprobada por la Cámara de Diputados y que tal conducta configura el delito de concusión del Art. 266 del CPen.

Respecto de la conducta típica "exigir", con cita de abundante doctrina, concluyó que requiere de una conducta violenta del poder público a fin de lograr causar el respectivo temor, que los sentenciantes han tenido por probado respecto de Ongaro. Expuso que la postura contraria de su pupilo a la ley de correos era por todos conocida, por lo que sostuvo que el supuesto pedido de colaboración no podía configurar una exigencia intimidatoria para una persona como Ongaro, que frecuentaba los despachos legislativos y que conocía que Varela Cid era un solitario legislador que no presidía ni la Cámara, ni el bloque, ni comisión alguna. La mera solicitud de una contribución no configura -a su criterio- la exigencia requerida por el Art. 266 del código ritual, por lo que la conducta de su defendido es atípica. Afirmó que la calificación adoptada por la sentencia configura una errónea aplicación de la ley sustantiva que solicita se declare, sobreseyendo definitivamente a su pupilo en orden a la conducta por la cual ha sido condenado.

En relación a la arbitrariedad, afirmó que la sentencia incurre en tal defecto porque las actuaciones contaban con dos versiones encontradas, otorgando credibilidad a una sobre la otra, sin dar suficiente fundamento a la decisión. Expresó que las endebles probanzas consideradas por los sentenciantes a las que llama "indicios contingentes", en modo alguno pueden servir para acreditar la autoría de su asistido en el evento, ya que para que el indicio posea fuerza probatoria suficiente, como para ser base de un juicio de certeza, es necesario que del hecho indiciario se derive necesariamente el hecho a probar, pues de lo contrario el indicio será contingente y de él no podrá derivarse sino un juicio de mera probabilidad. Concluyó que es inadmisibles la pretendida fundamentación de la participación del imputado en el evento, que sólo es coherente con la culpabilidad preconcebida del mismo y con la no vigencia constitucional del principio de inocencia.

Afirmó que de tal manera se rompe el principio de razón suficiente, en la medida que el fallo contiene una fundamentación sólo aparente, basada en una conjetura o probabilidad que

excede la razonabilidad con la que deben aplicarse las reglas de la sana crítica racional. Consecuentemente, entendió que se han inobservado las normas procesales consagradas bajo pena de nulidad (arts. 123 y 404 inc. 2 CPPN.), por lo que solicitó se case la sentencia declarando su nulidad y se remitan las actuaciones a otro tribunal para su posterior substanciación.

5. Que, celebrada la audiencia prevista por el Art. 468 CPPN., de la que se dejó constancia a f. 2920, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

La Dra. Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

1. En primer término, analizaré el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Eduardo Varela Cid.

Plantea respecto de la sentencia que impugna la errónea aplicación de la ley sustantiva prevista por el Art. 456 inc. 1 CPPN., respecto del delito de exacciones ilegales o concusión, y su tipificación en relación a la conducta de Eduardo Varela Cid.

Liminarmente corresponde señalar que, para la ley argentina, hay concusión o exacción ilegal cuando un funcionario público, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpósita persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobra mayores derechos de los que le correspondan (Art. 266 CPen.).

Exacción, según el diccionario de la Real Academia Española, significa la acción y efecto de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc. Otro significado es el de "cobro injusto y violento". La exacción reviste la forma de la concusión cuando el autor la convierte en provecho propio, ya que, según la Real Academia Española, concusión es "exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio".

El código francés denomina concusión a toda exacción; el italiano reprimía bajo el título de concusión al oficial público que con abuso de su cargo obligaba a alguien a dar o prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, y al mismo oficial que, también con abuso, inducía a prometer o dar a él o a un tercero; en el primer caso existe la llamada concusión explícita, y en el segundo, con ausencia de violencia, la llamada concusión implícita.

En el derecho romano, se englobaba, bajo el nombre de crimen repetendarum, una serie de hechos de corrupción propiamente dicha, juntamente con los de concusión. Preveía además el delito de concusión, que surgió como una forma independiente de extorsión, aplicando varios autores el título de concusión a diversos tipos de extorsiones, distinguiéndose entre concusión propia, cometida por un sujeto con autoridad, e impropia, cometida por un particular, circunscribiéndose luego el nombre a calificar la acción de los funcionarios que se valen del temor a su autoridad metus publicae potestatis para obtener exacciones.

Hoy en día, el término concusión impropia designa el hecho del funcionario que abusa, no ya del temor que su autoridad despierta, sino del error en que su víctima ha incurrido.

El Proyecto Tejedor incluía, bajo el título "Fraudes y Exacciones", el delito en que incurría el empleado que en forma arbitraria exigiera una contribución o "cometiera otras exacciones", aunque fuera en provecho público. En la nota decía el autor: "la concusión es un delito complejo que se compone de dos actos distintos, el abuso de poder que es el medio, y la sustracción de dinero que es el fin". Si la sustracción se efectúa en interés del Estado se es "culpable siempre de un exceso de celo y de una exacción, pero la exacción no tiene los caracteres de robo...". Así, el proyecto hacía aparecer como calificante el empleo de la fuerza, y daba la pena de los "sustractores de caudales públicos", a los exactores en provecho propio penándose también al empleado que exigiera propina por un acto al que estaba obligado gratuitamente.

El código de 1887 contiene las mismas disposiciones que se reprodujeron en los proyectos de 1891 y 1906.

La distinción fundamental entre cohecho y concusión radica en que en esta última la voluntad del que paga está viciada por el temor que la exigencia del funcionario ha engendrado o, por lo menos, por el error que este último puede inducir en el primero (casos de concusión explícita e implícita). En cambio, en el cohecho existe un acuerdo de partes que es voluntariamente perfecto, representa un acuerdo sobre un acto futuro, legal o ilegal del funcionario.

El hecho de que la concusión es un acto unilateral, mientras que el cohecho es bilateral, da a la distinción que se haga de ellos gran importancia. En la concusión el funcionario pide o exige y en el cohecho acepta; en la concusión debe existir la voluntad coartada del que paga.

Carrara ("Programa de Derecho Criminal" 1978, Ed. Temis, n. 2568) fija los criterios constitutivos de la concusión: 1) que se haya obrado para obtener un lucro, 2) que para obtener ese lucro se haya empleado como medio la amenaza de un acto de pública autoridad y 3) que el lucro sea indebido. Si la amenaza es abierta y confesadamente injusta, la concusión es explícita, siendo implícita cuando se recurre al engaño y, en ambos casos, existe abuso de autoridad, siendo patente en el primero y latente en el segundo.

Así, la concusión simple está definida en el Art. 266 CPen., siendo sus requisitos para que el delito se configure: 1) un funcionario público que abusa de su cargo, actuando por sí o por interpósita persona, 2) la exigencia del pago de una contribución, derecho o dádiva, ya sea que la misma corresponda o no y 3) la ilegalidad del cobro. El funcionario es el sujeto activo respecto del cual debe existir abuso de una autoridad que efectivamente posee, ya que si abusa de una calidad que no posee, existiría estafa o extorsión en concurso con usurpación. La forma simple de la concusión se comete exigiendo, haciendo pagar o entregar, sin formas de intimidación, aunque pueda existir una intimidación tácita, surgida de la condición de autoridad del sujeto activo; o bien mediante falsas liquidaciones que induzcan a pagar más de lo que se debe, o aprovechando el error del pagador que ofrece espontáneamente pagar más de lo que debe.

Los objetos de las exacciones son las contribuciones, derechos o dádivas. Las contribuciones se refieren a impuestos, los derechos a prestaciones por pago de servicios (tasas), sanciones (multas), u obligaciones fiscales provenientes de otros actos de la administración (ej. pago de permisos de instalación). Las dádivas no han dejado de plantear problemas; dádiva es cualquier objeto que pueda transferirse del dador al receptor, aunque se discute en doctrina si debe tener un valor económico o si puede ser que constituya un beneficio, siendo irrelevante la entidad o medida de valor de la dádiva, ya que lo que interesa es que constituye el "precio" de la actividad o inactividad del funcionario. Debe admitirse que, en materia de exacciones, la dádiva no es sólo la retribución por lo que debía hacer gratuitamente, sino cualquier contribución gracieable exigida por los funcionarios en nombre de la administración.

La dádiva puede o no estar dotada de valor económico y en realidad no encuadra en la figura de la concusión simple, a menos que el funcionario la exija como tal y la invierta en el servicio público. El funcionario debe saber que lo que exige no es efectivamente debido siendo el delito formal, que se consuma con la exigencia idónea, salvo pago por error, en el que se consuma con la percepción.

La consumación, en consecuencia, no es idéntica en todos los supuestos típicos. Cuando la exacción se traduce en exigir, basta la exigencia, sin que sea necesario que el pago se produzca, el objeto se entregue o la dádiva se dé, pues se está ante un delito de actividad que no admite tentativa. Hacer pagar o entregar, por el contrario, es un delito de resultado, pues la actividad del agente tiene que haber provocado la conducta del sujeto pasivo que se determina en el pago efectuado o en la entrega realizada (por lo común son los casos en que la exacción se consuma a través del error de la víctima). Lo mismo ocurre en la forma de delito que importa cobrar, ya que éste se perfecciona con la percepción de lo excesivo, y en estas últimas formas el delito admite la tentativa.

La concusión explícita se encuentra prevista en el Art. 267 CPen. y se comete cuando se emplea intimidación, se invoca orden superior, comisión, mandamiento judicial y otra autoridad legítima, siendo tales medios calificantes de la figura anterior. Para la aplicación de esta figura es preciso tener presente que se trata de exigencias efectivamente hechas para el Estado y recibidas con el objeto activo con la finalidad de integrarlas a la administración; ya que si el sujeto obra con fines personales incurrirá en la pena prevista por el Art. 268 CPen.

Por intimidación debe entenderse todo acto tendiente a causar temor en el ánimo de una persona normal, pero la medida de la intimidación puede variar según las circunstancias, teniendo en cuenta que el sujeto a quien se dirige oponga una razonable resistencia a la misma (Soler, "Derecho Penal Argentino", t. 5, 1992, Ed. Tea, p. 260).

Consecuentemente, son sus elementos: 1) un funcionario actuando por sí o interpósita persona y abusando de su autoridad; 2) la coacción que se ejerce sobre el sujeto pasivo, a quien se exige ilegalmente una contribución, impuesto, etc. y 3) la invocación de una falsa orden, comisión, mandamiento judicial y otra autorización legítima.

Originalmente, los arts. 266 y 267 formaban un solo artículo, que se mantuvo con algunas variantes en los proyectos de 1891 y 1906, siendo este último la fuente directa del Art. 267 .

La concusión propiamente dicha se encuentra prevista en el Art. 268 CPen., siendo su característica distintiva el aprovechamiento de la exacción ilegal por el funcionario. La conversión en provecho propio o de un tercero debe hacerse antes de que lo ilegalmente percibido entre en las arcas fiscales, ya que de otra manera existiría una malversación. Además, en la concusión, lo que es objeto de apropiación son caudales particulares, mientras que la malversación supone una substracción de caudales públicos.

La diferencia con el cohecho radica en la existencia de intimidación, la que vicia la voluntad del sujeto pasivo.

La circunstancia calificativa prevista en el Art. 268 CPen. no existe sino cuando, cometida una exacción que reúne los elementos específicos del Art. 266 del mismo cuerpo legal, el funcionario convierte la exacción en provecho propio.

En realidad la norma contempla, más que una agravante, un delito de doble actividad; el agente tiene que haber intervenido como autor o partícipe de alguna de las exacciones previstas en los

arts. 266 y 267 , y agregar a esa conducta la conversión del producto de ellas en su particular provecho o en el de un tercero.

Tanto la expresión convertir como la consideración de que se trata de lo obtenido por medio de exacción lo que se convierte, indican con claridad que el objeto tiene que haber sido exigido o percibido para la administración. La prestación que el funcionario requiere para sí con conocimiento de la víctima de ese destino no es exacción, no puede ser convertida y no cabe en la tipicidad de la concusión.

Pensando que la dádiva era incompatible con la exigencia para la administración, algunos autores han opinado que esa exigencia no podría caber nunca en el delito del Art. 268 , sino que queda siempre dentro del Art. 266 , a través de un "tipo autónomo", implícitamente configurado en la ley (Ramos Mejía), lo cual es incierto, no sólo porque la ley penal no admite esa especie de tipos, sino porque puede reconocerse la posibilidad del requerimiento de dádivas para la administración (Creus, "Derecho Penal, parte especial", t. 2, n. 2105, 1992, Ed. Astrea, p. 319). Soler ("Derecho Penal Argentino", t. 5, 1992, Ed. Tea, ps. 256/257) agrega que en la forma simple de concusión, en interés del Estado, es impropio que se hable de dádivas, sin descartar que un funcionario exija la misma y efectivamente la use en beneficio del Estado y afirma -n. 20 in fine-, que "sólo el celo fiscalista abusivo cabe dentro del Art. 266 "; Gómez ("Tratado de Derecho Penal", t. 5, 1939, Ed. Compañía Argentina de Editores, p. 567) sostiene que el Art. 266 supone que el funcionario, al realizar cualesquiera de los actos que en él se indican, no exige ni recibe nada para sí, sino para la administración a la que pertenece, con cita coincidente de Moreno y de Molinario.

Sobre el punto me expedí al votar en los autos "Olmedo Aguilera, Osvaldo A. s/recurso de casación", causa 1845 de la sala 3ª de esta Cámara, reg. 733/1999, 29/12/1999, donde expresé que no es posible afirmar que la exigencia de dádiva que se tipifica en el Art. 266 CPen. constituya lo que se ha dado en llamar un "tipo autónomo".

Tal postura se apoya, fundamentalmente, en la idea de que una "dádiva" nunca puede ser debida al Estado y, por ende, no puede ser objeto de una exacción ilegal, que justamente se caracteriza por la circunstancia de que aquello que se exige, se exige con ese destino.

Así, la idea del tipo autónomo, avalada por prestigiosos penalistas (entre otros, Ramos Mejía), tiene como consecuencia, en primer lugar, la conclusión de que la exigencia de dádiva del Art. 266 CPen. siempre es efectuada por el funcionario público que la practica sin la finalidad de que su destino sea la administración. Tal inteligencia obliga, además, a sostener que no resulta aplicable, en este supuesto, la agravante del Art. 268 CPen., pues, lógicamente, no podría "convertirse" en provecho propio o de tercero aquello que se ha solicitado para sí.

Entiendo, en cambio, que tal interpretación resulta incorrecta. En primer lugar, el capítulo IX del título XI del libro II del Código Penal, en el que se encuentran los arts. 266 a 268 , lleva por nombre "exacciones ilegales", lo que permite sospechar, con total justicia, que las figuras penales contenidas en dicha disposición son exacciones ilegales.

En tal sentido, el Art. 268 CPen., al formular la agravante que contiene, hace referencia a "las exacciones expresadas en los artículos anteriores", lo que nos da la pauta, nuevamente, de que los arts. 266 y 267 describen exacciones.

Tampoco es impensable que un funcionario público exija dádivas para la administración. Son elocuentes al respecto los ejemplos que encontramos en nuestra jurisprudencia, en nuestra doctrina -citados, varios de ellos, por el recurrente-, como en la realidad que vivimos, en la que muchas veces el "exceso de celo" al que hacen referencia los tratadistas, se traduce en la exigencia del pago de un determinado precio por la actividad o inactividad del funcionario para cumplir con su función que es empleado en la administración.

Por otra parte, no es preciso en toda exacción que la víctima "suponga" que lo exigido es legítimo; ésta es en todo caso una de las formas de este delito, en que el funcionario se vale del error, pero de manera unánime la doctrina ha aceptado también que el ilícito se lleva a cabo también intimidando al sujeto pasivo. En ese último supuesto, si bien la víctima puede seguir creyendo que es legítima la exigencia, ése no es un requisito.

Así, aún cuando la exigencia de dádiva presenta características propias, que la distinguen de la existencia de contribuciones o derechos, no puede sostenerse que la imposibilidad de que el sujeto pasivo crea que lo que entrega es exigible por la administración, excluye la posibilidad de que el hecho constituya una exacción. La exigencia con intimidación del pago de un derecho mayor que el que corresponde -prevista como delito por los arts. 266 , in fine, y 267 CPen.- revela con claridad que no es necesario que el sujeto pasivo crea que lo que paga es exigible, pues en este caso no obra por error, sino por coacción.

Pero no sólo es lícita, posible y -entendiendo- más ajustada a la letra la interpretación que propongo, sino que, considero además que es la que mejor coherencia guarda con el resto de los tipos penales contenidos en el libro II del Código Penal.

Nótese, por ejemplo, que resultaría absurdo entender que la exigencia de una dádiva para sí por parte del funcionario público, con intimidación, configura el delito de exacción agravada

previsto por los arts. 266 y 267 CPen., conminado con una pena máxima de cuatro años, cuando por otra parte una de las formas del delito de extorsión (Art. 168 CPen.), caracterizada por obligar a otro con intimidación a entregar cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos, prevé una pena máxima de 10 años de prisión o reclusión. La misma figura básica de coacciones, prevista por el Art. 149 bis párr. 2º CPen. tiene una pena máxima de cuatro años de prisión y, además, un mínimo de dos años de igual pena, es decir, superior al previsto por el Art. 267 CPen.

Tal situación resulta justificable si se comprende que el legislador ha querido castigar aquel "exceso de celo" al que hice referencia, pero en modo alguno resulta entendible si consideramos a la exigencia de dádiva como un "delito autónomo" en los términos en que se ha señalado.

La exigencia de una dádiva para sí podrá configurar alguno de los delitos previstos por los tipos penales aludidos, alguna de las conductas previstas por el Art. 249 CPen., o directamente algún acto preparatorio del delito de cohecho, pero claramente no una exacción ilegal.

He de concluir en consecuencia, y conforme lo precedentemente expuesto, que el Art. 266 CPen. no contempla -como lo afirma el tribunal de juicio- el delito autónomo de concusión sino la figura básica o simple de la misma, siendo las conductas contempladas en los arts. 267 y 268 CPen. figuras agravadas por los medios (267) o por el destino del tributo (268).

En cuanto al delito de cohecho pasivo, éste es de pura actividad, que se consuma por el mero hecho de recibir dinero (o cualquier otra dádiva) o aceptar la promesa, sin necesidad de que se produzca el acto en función del cual se recibió o se aceptó, por lo cual no es posible la tentativa, ya que no admite diferencias cronológicas entre el principio de ejecución y el momento de consumación.

Se ha dicho del cohecho que es "materia no poco sutil y ambigua", pues se trata de un delito de difícil caracterización, sobre todo en las modalidades en que se diversifica, catalogadas por los autores en forma vaga.

La primera cuestión que se debe dilucidar respecto de este delito es si se trata de un solo delito con dos faces, que requiere por lo menos la intervención de dos personas, o se trata de dos infracciones, una por cada contratante que vendría a ejecutar así un delito propio y autónomo. Los autores se dividen: Feuerbach, Carrara, Chauveau y Antón Oneca, citados por Jiménez de Asúa, estiman que el delito es uno solo, aunque bilateral, pese a que aceptan la estructura del código que diferencia el cohecho activo y pasivo. En realidad, en la doctrina y en el derecho positivo predomina el criterio que distingue los dos cohechos (caracterizados independientemente), siendo comunes a ambos el acuerdo o contrato entre el que da o promete y el que recibe o acepta; con ese acuerdo o contrato es que se perfecciona psicológicamente el cohecho, tanto activo como pasivo.

La dación o recepción, como la promesa y su aceptación, según los casos, deben ser simplemente voluntarias, no espontáneas en el sentido que Manzini señala ("Tratado de derecho penal italiano", t. II, 1952, Ed. Jurídica Europa-América, traducción, p. 216). De la necesidad de ese requisito, se deduce que la tentativa difícilmente podría llegar a producirse, porque antes de que exista, como en las relaciones civiles, concurso de voluntades, no será posible ningún acto externo de ejecución; y cuando exista tal acuerdo de voluntades el delito se habrá perfeccionado. La ejecución del delito ocurre en distinto momento según que el corruptor ofrezca el bien o lo dé; si lo ofrece, el delito se consuma con la aceptación. Entre la recepción o aceptación manifestadas por el funcionario, y el acto objeto del acuerdo o contrato, debe establecerse una relación que para el cohecho propio y antecedente es de medio a fin, puesto que se recibe el dinero para cometer la violación y para el cohecho impropio esa relación antecedente o subsiguiente es de causalidad psicológica desde que el acto está cumplido cuando se recibe o acepta el dinero o la utilidad.

La corrupción pasiva consiste en recibir o aceptar. El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones (Soler, "Derecho Penal Argentino", t. 5, 1992, Ed. Tea, p. 211). El delito se consuma por la recepción de la dádiva o por la simple aceptación de la promesa, con absoluta independencia del efectivo cumplimiento de ésta, y de que ese cumplimiento deba ser anterior o posterior al acto de autoridad o al cese de la función. La forma del cohecho consiste en la aceptación de la promesa y se perfecciona por el acuerdo de voluntades. Difícilmente podrá admitirse la tentativa, ya que el delito queda consumado por el acuerdo, de manera que la ulterior recepción de lo prometido resulta irrelevante (obra y autor citados, p. 213).

No es suficiente establecer que el funcionario público pide, propone o sugiere; es imperioso precisar en qué circunstancias particulares ocurre. Si existió un acuerdo de voluntades o si la entrega se hace con voluntad constreñida por el temor. Soler ("Tratado de Derecho Penal", t. 5, 1992, Ed. Tea, p. 196, con remisión a Manzini) afirma que en la concusión el funcionario pide o

exige, en el cohecho acepta sin negativa. Por su parte Ernesto J. Ure ("Temas y casos de Derecho Penal", p. 238, citado por José M. Orgeira en "El funcionario público que pide una dádiva: conducta delictiva o atípica") sostiene que la iniciativa no puede aceptarse sic et simpliciter, como criterio distintivo ya que puede haber cohecho cuando el funcionario simplemente propone y el particular acepta con plena libertad de consentimiento, y puede haber exacción cuando el funcionario prepara el terreno, con tal habilidad y artería, que coloca a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa.

El delito se encuentra consumado para nuestra ley cuando se recibe el dinero o se acepta la promesa. No es requisito computable que la cosa efectivamente sea entregada sin negativa "o" la promesa sea cumplida, ya que tratándose de una figura de dolo específico, le es indiferente la ley que la intencionalidad del autor se concrete. No interesa el cumplimiento objetivo del *do ut des*, basta con el perfeccionamiento subjetivo del intercambio, mientras no se manifieste una voluntad de aceptación, el tracto delictivo no estará consumado.

Como vemos, la forma tentada de este delito no es posible y en general los autores coinciden, tal como ya se expresó (Núñez, t. 7, p. 106; Fontán Balestra, t. 6, p. 269, entre otros ya mencionados). Por su parte, Humberto S. Vidal estima que, aunque es difícil concebir la tentativa, no se la puede excluir absolutamente. Laje Anaya ("Comentarios al Código Penal", 1981, Ed. Depalma, p. 112) manifiesta que el ejemplo en que se apoya este último vendría a ser el agotamiento del delito. En efecto ("Cohecho", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, 1968, año 32, n. 4/5 octubre-diciembre, p. 231) sostiene que, desde el punto de vista rigurosamente científico, el cohecho (*con-facere*) es un delito de tipo contractual que exige aceptación de la oferta corruptora. Allí reside la consumación del delito. La oferta o promesa no aceptada o la insinuación corruptiva del funcionario no aceptada por el particular pueden ser y de hecho están introducidas como figuras delictivas en un capítulo de cohecho; pero, científicamente, parece que no lo serían, porque carecen del concierto de voluntades.

Por su parte, la sala 5ª de la C. Nac. Crim. y Corr. Fed. (1/2/1977, "Domínguez, Osvaldo G." , en LL 1977-D-489 [2]) sostiene que la infracción de que se trata no admite tentativa, desde que se consuma -como recuerda Núñez- con la entrega de la dádiva o en el momento en que el funcionario recibe el ofrecimiento, mal puede en el caso tenérsela por realmente consumada, porque como puntualiza Maurach "una tal tentativa del aparentemente instigado, por lo regular, no puede conducir objetivamente a la consumación, y ello aún cuando el autor realice externamente todas las características del tipo" (conf. "Tratado de Derecho Penal", t. 2, 1962, Ed. Ariel, Barcelona, p. 372). En igual sentido la sala 8ª de dicha Cámara (31/8/1982, "B. J. y otros" en ED 103-377).

Debemos por último diferenciar el cohecho de la exacción. Para nuestra ley, la distinción no reside sólo en afirmar que el cohecho es un delito bilateral y la exacción unilateral, porque con ello no se agota el contenido del problema si se tiene presente la fórmula del Art. 258 CPen.; tampoco sosteniendo que el primero exige una contraprestación del funcionario venal y el segundo no. Todas ellas son notas distintivas circunstanciadas, pero que no resuelven situaciones más agudas; por ejemplo cuando el funcionario público sugiere o insinúa -mediante un astuto juego de formulaciones- la oferta corruptora; o bien el caso del funcionario que exige una dádiva para sí con el fin de cumplir un acto de su oficio. En ambos casos la iniciativa proviene del funcionario; existe dádiva y contraprestación, pero uno sería cohecho y otro exacción, porque en aquél existió un acuerdo de voluntades espontáneo entre las partes; en éste no existió el convenio. La dádiva fue el resultado de la presión psicológica ejercida por la solicitud del funcionario que suprimió todo acuerdo y espontaneidad en la entrega.

La distinción, para que sea válida, deberá encarársela mediante una rigurosa confrontación de las figuras de cohecho y exacción. Para determinar correctamente los casos de difícil deslinde, será preciso prestar atención especial a la situación de hecho dada. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar, unidas a las formas de manifestarse las personas, permitirán establecer si un caso fronterizo constituye cohecho o exacción (conf. Vidal, Humberto, "Comentarios al Código Penal", 1981, Ed. Depalma, ps. 233/235).

2. Conforme lo señalado precedentemente, cabe afirmar que el tribunal de mérito ha aplicado erróneamente la ley penal sustantiva al condenar a los imputados Girella y Varela Cid.

En efecto, el sentenciante ha entendido probado que "Eduardo Varela Cid, con el auxilio de Juan J. Girella, requirió a la Cámara de Prestadores Postales de la República Argentina, representada por José R. Ongaro, una suma de dinero de entre \$ 5000 y \$ 10000 por cada uno de los correos componentes de la institución, petición que se concretó en las oficinas del primero, el 12/7/1995 en horas de la tarde", para agregar luego que "...para que la conducta pueda ser enmarcada en el tipo del Art. 266 , es suficiente que el funcionario haga nacer el temor de su poder. Y en el caso que nos convoca está acreditado que la exigencia de dinero por parte de los inculcados causó el señalado estado de ánimo. Para eso baste reparar en que finalmente se decidió no satisfacerla luego de haberse celebrado varias reuniones y cabileos entre los prestadores postales que formaban parte de la Cámara presidida por Ongaro".



Describiendo la conducta atribuida a Varela Cid, señala el a quo también que "si se analiza la totalidad de la prueba útil recogida, fácil es advertir que ni Ongaro, ni ningún otro de los prestadores postales a los cuales estaba dirigido el pedido de dádiva, recibió amenazas por parte de alguno de los agentes, de que se le infligiría un perjuicio cualquiera en virtud de la potestad pública de que se hallaba investido Varela Cid. Tampoco ha quedado demostrado que de cualquier otro modo se haya tratado de infundirles temor o presionarlos para que accedan a la entrega de lo requerido".

Ateniéndose a este intrincado relato de los hechos queda en claro una cuestión de suma importancia para la calificación jurídico-penal del suceso: aún cuando Ongaro se sintiera atemorizado, ninguna amenaza ni actitud o intención atemorizante por parte de los imputados ha podido ser probada; tampoco que éstos hayan manifestado una demanda imperiosa.

Lo expuesto revela, en primer lugar, que no existe contradicción lógica en la descripción del hecho del sentenciante. Ongaro se sintió atemorizado, aún cuando no pudo demostrarse que tal haya sido la intención de Varela Cid y de sus colaboradores.

Pero además, la ausencia de una demostrada intención de intimidar, o al menos la comprobación de una concreta demanda imperiosa por parte de los imputados, elimina la posibilidad de calificar el suceso como constitutivo del delito de exacciones ilegales previsto por el Art. 266 CPen. -recordamos que se analiza la norma sin la modificación efectuada por la ley 25188 (3)-, tal como ha hecho el Trib. Nac. Oral Crim. Fed., n. 5.

El verbo típico de la figura penal que ha seleccionado el sentenciante ("exigir") en modo alguno se satisface con el simple pedido, solicitud o requerimiento de una dádiva si, además, no se encuentra acompañado de las circunstancias que lo transforman en una exigencia. Reitero, exigir es reclamar: no exige el que solicita, sino el que demanda imperiosamente.

Por ello, estimo que la conducta tenida por acreditada, por más gravemente reprochable que sea desde un punto de vista moral, no configura la exigencia requerida por el tipo penal que se analiza.

Cabe señalar que tampoco puede ser encuadrado el accionar reprochado en algún otro tipo penal, vigente antes de la modificación efectuada por la ley 25188, ni tampoco corresponde análisis alguno acerca de la aplicación a aquél de las disposiciones de esta última, por estricta observancia del principio de la irretroactividad de la ley penal consagrado en el Art. 18 CN. y el Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (4).

Las restantes formas de exacción simple en modo alguno se encuentran presentes, siquiera en forma tentada, pues resulta claro que, en cualquier caso, jamás podría afirmarse que la solicitud de una dádiva pueda implicar el comienzo de ejecución de la conducta de hacerse pagar o entregar indebidamente la misma.

Por otra parte, ya he hecho referencia a las características que, según entiendo, posee en el actual sistema del Código Penal el delito de cohecho pasivo, y la imposibilidad de afirmar su comisión en grado de conato.

3. Por último, si bien el recurso de la defensa de Juan J. Girella resulta inadmisibile conforme a los recaudos formales exigidos por el Código Procesal Penal de la Nación y la jurisprudencia concordante de esta Cámara, resulta aplicable el Art. 441 CPPN. en cuanto el recurso tratado en primer término favorece a éste.

4. Por todo ello propicio, en consecuencia, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Eduardo Varela Cid a fs. 2784/2886 vta., casar la sentencia de fs. 2752/2753 vta. y 2757/2774 vta. y absolver a Eduardo A. Varela Cid; no hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 2780/2783 por la defensa de Juan J. Girella, sin costas y, por efecto extensivo, absolver también a Juan J. Girella, en relación a la conducta por la cual fue condenado; sin costas a los recurrentes (arts. 441, 470, 530 y 531 CPPN.).

Tal es mi voto.

La Dra. Berraz de Vidal dijo:

1. Liminarmente he de referirme a los agravios que los defensores encauzan por la vía del inc. 2 del artículo que define el recurso extraordinario que intentan, pues así lo indica la mejor técnica procesal, atendiendo a la injerencia que podría reflejar su favorable acogida sobre actos procesales ya cumplidos y a lo innecesario que devendría el tratamiento de las cuestiones inherentes a la errónea aplicación de la ley sustantiva planteadas por la parte, en caso de resultar ciertos los vicios procesales que se invocan.

Las quejas que en este sentido se presentan son compartidas por ambas defensas, por lo que su tratamiento será conjunto, sin perjuicio de aclarar que, aún de prescindirse de las consideraciones que a seguido desarrollaré, la deficiente motivación que sustenta el recurso presentado por la defensa de Juan J. Girella define de por sí su inadmisibilidad en la instancia.

Dos son, pues, las faltas procesales que las partes advierten y que, según su postura, dejarían huérfana de fundamentación a la sentencia de fs. 2752/2753 vta. y 2757/2774 vta.,

convirtiéndola en arbitraria y consecuentemente nula en los términos del Art. 404 inc. 2 CPPN. Por un lado entienden que el acto recurrido carece de prueba suficiente para arribar a un pronunciamiento de condena, pues su único sustento es la declaración del testigo Ongaro, que a su vez resultaba víctima del hecho investigado, sin existir otras pruebas de cargo que respalden, con el debido grado de certeza, la inculpación de sus defendidos. Que cuando la persona del testigo único se corresponde con la de la víctima, sus dichos necesitan ser respaldados por diversos elementos probatorios que los corroboren. Que confrontando dicho testimonio con las restantes circunstancias del proceso, no se allega de ningún modo a la resolución dictada por el a quo, en la medida en que las demás pruebas producidas en el debate son declaraciones testimoniales de personas que tomaron noticia del suceso acaecido, precisamente, a través de la versión brindada por el testigo arriba mencionado.

No vacilaré en desechar el agravio en base a la constante y uniforme jurisprudencia de esta Cámara en cuanto a que el tribunal de mérito es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento y en la determinación de los hechos que con ella se demuestre. El valor de aquéllas no está fijado ni predeterminado, correspondiendo a su propia apreciación evaluarlas y determinar el grado de convencimiento que puedan producir sin que tenga el deber de justificar por qué da mayor o menor mérito a una prueba que a otra.

Es por todo ello que, por la vía del recurso de casación, no es posible provocar un nuevo examen crítico de los elementos convictivos invocados en la sentencia (conf. De la Rúa, "El recurso de casación", p. 177), siendo ajenas a la presente instancia las discrepancias que el recurrente manifieste acerca de la forma en que los jueces de mérito seleccionaron y valoraron la prueba habida respecto de los hechos que fueron materia de juicio (conf. esta Cámara, sala 1ª, causa 383, "Balsas, Daniel y otros s/recurso de casación", reg. 437, 23/3/1995; sala 4ª, causa 354, "Gundín, Jorge O. s/recurso de casación", reg. 606, 19/6/1996; causa 382, "Villanueva, Daniel E. y otra s/recurso de casación", reg. 642, 13/9/1996; entre otras).

En segundo lugar, observan que resulta dogmática la afirmación del tribunal que acredita el temor causado a los sujetos pasivos del ilícito, en la exigencia dineraria por parte de los encausados, ya que ninguna de las circunstancias que surgen del proceso permiten acordarle la entidad exigida por el tipo legal escogido. Ello en razón de que todas las constancias de autos indican que el término en que siempre se habrían expedido tanto Varela Cid como Girella ha sido el de "colaboración", de cuyos términos no puede inferirse sentimiento atemorizante alguno al poder de la Administración Pública.

Asimismo, advierten que no son ciertas las "reuniones y cabildeos" que habrían celebrado los integrantes de la Cámara de Prestadores Postales luego del supuesto pedido de colaboración, a los efectos de resolver dicha cuestión, resultando por ende arbitraria la aseveración del tribunal, que intenta comprobar en dicha circunstancia el nacimiento del temor correspondiente al poder del funcionario. Que, amén de no especificar el a quo a quién de los empresarios postales ha afectado el "tremendo temor infundido por el poder estatal", lejos de reaccionar dominados por esa exigencia, se negaban automáticamente a la supuesta propuesta del entonces legislador.

Observando el estrecho ligamen del agravio mencionado con uno de los motivos que conforman el ataque sustantivo de la Defensa de Varela Cid -que como se verá oportunamente tendrá favorable acogida-, y siendo que la resolución de ambos se verá concatenada lógicamente, no puedo sino diferir su tratamiento y solución al momento de estudiarse lo que al error in iudicando respecta.

2. Damos paso entonces a los agravios de índole sustantiva, avizorados con los requisitos de fundamentación que exige el Art. 463 CPPN. únicamente en el escrito impugnatorio presentado por el representante del Ministerio Público pupilar, para lo que resulta pertinente realizar una previa aclaración.

Como ha quedado consignado en los resultandos de este fallo, a través del Art. 456 inc. 1 CPPN. pretende la defensa, desde diversos enfoques, la revisión de la subsunción legal realizada en la decisión que recurre, intentando en definitiva que se considere atípica a la conducta desplegada en autos por su pupilo y su consorte de causa. Evaluando la totalidad de los agravios presentados, y los disímiles métodos que cada uno plantea para allegar a la solución que la parte ambiciona, he de inclinarme a elegir aquel que de todos ellos considero correctamente encaminado a lograr la que entiendo más justa solución del caso, desechando expresamente y desde aquí -en atención al desenlace que en definitiva tendrá la postura que asumo- el tratamiento de los restantes.

Dicho ello, sigo a la parte y a mi colega preopinante (ver punto 2 de su voto) en cuanto reconozco -al igual que ellos- que de los hechos que el tribunal fijó definitivamente en su sentencia, no surge que la solicitud dineraria que allí se describe configure la exigencia requerida por el tipo penal escogido.

Inmersos en su estudio, encontramos que dicha norma requiere especialmente para su configuración como accionar típico, amén de la calidad de funcionario público que en el caso

resulta innegable, abuso de cargo y exigencia de la contribución, derecho o dádiva por parte del sujeto activo.

Vemos entonces que el exceso en que recae el funcionario, amparado en la posición de autoridad que le otorga su cargo, con más el verbo típico exigir -sinónimo de reclamar, imponer, demandar-, conforman la especial situación en que autoritariamente deberá verse inmerso aquel que es el inocente receptor de la venal petición, cuya abusiva entidad coaccionante será la causante del nacimiento, en el ánimo del sujeto, del temor al poder público, representado en toda su dimensión por el ilegítimo requirente.

Esa conducta impropia del autor de la concusión, conglobante como vimos de su abuso funcional y de su imperiosa demanda, deberá tener la entidad de infundir en la víctima el temor genérico que la autoridad suscita. Y para ello no basta sólo la calidad investida por el sujeto activo, sino que deberá comprobarse la modalidad particular de la acción, que debe ser abusiva (conf. Soler, "Derecho Penal Argentino", 1978, Ed. Tea, p. 195), planteándole a la víctima una situación de compulsión directa e inmediata, de la que aquélla es determinante.

Tampoco debe echarse mano, como erróneamente se argumenta en la sentencia, a la posible vinculación de actitudes asumidas, o aún hipotéticamente asumibles, por los sujetos intervinientes con posterioridad al accionar concusionante, pues su intrínseca conformación debe reunir por sí idóneas condiciones que configuren su capacidad objetiva para amedrentar la voluntad del particular metus publicae potestatis, ya que -como dice Soler, "Derecho Penal Argentino", 1978, Ed. Tea.- "todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia".

No se trata, a mi entender, de intentar dilucidar si el sujeto pasivo pudo vencer o no la exigencia indebida, o si su actividad posterior refleja el temeroso estado de ánimo que ésta le ha provocado, sino más bien nuestro estudio debe centrarse en el núcleo de la acción ocurrida y sus caracteres, en pos de determinar -objetivamente, como se ha dicho- su posible entidad delictiva.

Conforme a tales pautas, y en especial referencia al caso en estudio, no encuentro en el hecho que se dieran por comprobado los caracteres consignados al quehacer típico de la figura en cuestión.

En este sentido cabe invocar las escuetas líneas con que el sentenciante intenta acreditar el alcance de la conducta de Varela Cid y Girella, y de cuyas connotaciones depende la comprobación de su tipicidad, donde se sostuvo que "para que una conducta pueda ser enmarcada en el tipo del Art. 266, es suficiente que el funcionario haga nacer el temor de su poder. Y en el caso que nos convoca está acreditado que la exigencia de dinero por parte de los inculcados causó el señalado estado de ánimo. Para esto basta reparar en que finalmente se decidió no satisfacerla luego de haberse celebrado varias reuniones y cabildos entre los prestadores postales que formaban parte de la Cámara presidida por Ongaro".

Amén de que al realizar esta afirmación el tribunal utiliza por vez primera la palabra exigencia, pues al considerar el hecho probado apela al verbo requirió, tengo para mí que el relato *ut supra* referido no alcanza para dar por comprobados los especiales requisitos típicos del delito de concusión. Liminarmente deberá desecharse, en miras a las conclusiones a que se arribara en párrafos anteriores y a las que me remito, el argumento utilizado para intentar demostrar las manifestaciones del temor a la autoridad que habría generado el pedido de los imputados, que gira en torno al cúmulo de deliberaciones que habrían celebrado los operadores postales para finalmente desestimarlos.

Agrego, sin embargo, que del modo como está redactada la norma en cuestión, se ha querido dar preminencia al poder que representa el sujeto activo y al modo abusivo en que aquél es utilizado por el oficial público al efectuar la indebida exigencia, cerrándose allí las especulaciones en torno a los acontecimientos que abarca el tipo aludido; quedando fuera de su ajustada descripción el proceder que en instancias posteriores hubieran asumido sus participantes, siendo irrelevante incluso la posible actuación consecuente de la víctima en el sentido reclamado.

Tampoco concuerdo con que, salvando este escollo, el hecho que ha quedado indubitadamente definido a raíz del rechazo que propugno de las nulidades planteadas, guarde aún concordancia con la figura legal en que ha sido subsumido, ya que su descripción no constituye el marco histórico propicio para construir sobre su base una legítima imputación del delito contra la administración pública que se viene estudiando. Observando su desarrollo, escapando así de conceptualizaciones teñidas de dogmatismo, debemos examinar los aspectos de lugar, tiempo y modo en que se produjo la cuestionable solicitud, unidos especialmente a la forma en que se manifestaron los imputados.

Y de todo ello resulta, entiendo, que las particularidades del caso no demuestran requerimiento intimidatorio alguno por parte del procesado hacia los empresarios Ongaro y Graziotin Figueroa en la reunión relatada en la sentencia, de tal entidad que pueda ser clasificado como violento o abusivo. El ambiente en que se produjo, las condiciones personales de los sujetos intervinientes, y sobre todo, y esto es definitivo, los términos utilizados para deslizar el amoral

pedido, no han conformado -desde mi óptica- la jerarquía que debe comprender la iniciativa corruptora que define el Art. 266 CPen.

No puede hablarse, conforme las circunstancias comprobadas, de presión psicológica (Humberto S. Vidal), ni de activo reclamo (Moreno), demanda imperiosa (Ramos Mejía) o acción abusiva (Soler), ni se ha valido el imputado del poder compulsivo de su potestad funcional (Núñez). Ello implica que no puede mantenerse en pie la tipificación realizada en la sentencia, pues no se ha comprobado -ni alcanza para ello el fundamento que se rechazara ut supra- que el "pedido de colaboración", tal como lo refieren los testimonios que allí se citan, asuma ribetes de magnitud tal que causalmente derive en inhibir la libre iniciativa de la otra parte.

La circunstancia de que el delito de concusión deba manifestarse ideológicamente a través de la exigencia, acompañada de un no disimulado imperio (Vidal, Humberto S., "Cohecho", p. 234), por parte del funcionario público interviniente, requiere que la existencia del dolo directo propio de ese especial ánimo se encuentre inequívocamente probado. Pues si el accionar que logre ser demostrado no obedece a esos designios, a esa voluntad del autor, no habrá de hallarse tipificada la figura escogida, correspondiendo encuadrar el hecho en otra descripción jurídico-penal diferente, adecuada a los elementos objetivos y subjetivos efectivamente comprobados, o aún -y como sucederá en el caso- declararlo atípico.

Teniendo por cierto el acaecimiento narrado en base a la valoración de la prueba colectada, es innegable que existieron torpes insinuaciones conducidas primigeniamente por el propio Varela Cid y delegadas luego en su ayudante Girella, tendientes a hacer comprender la conveniencia de que se gratificaran los servicios que oportunamente prestaría el entonces diputado, para compensar con ello los gastos de una futura campaña electoral. Sugestiones que, de ningún modo, podrían determinarse en el sentido de despertar en la voluntad de la víctima el temor que la autoridad suscita, conjeturándose la coartada como consecuencia derivada de la actitud del funcionario y de la situación de hecho circundante.

No descarto con ello que la concusión pueda también cometerse mediante maniobras inductivas, pues la exigencia requerida por el Art. 266 CPen. puede revestir la forma de la insinuación y hasta manifestarse ideológicamente como provocando el ofrecimiento por parte del exigido. Lo que interesa es que la situación que se plantea a la víctima sea de compulsión directa e inmediata para que entregue el indebido beneficio apetecido por el agente activo (conf. fallo "Perlezzi, Virgilio", sala 2ª de la C. Nac. Crim. y Corr. Fed., causa 26861, 4/11/1982).

Todo lo expuesto en las consideraciones que anteceden ha encauzado mi posición en el sentido de que el suceso acaecido el 12/7/1995, fijado por el tribunal de mérito en el ejercicio de sus privativas facultades, no encuentra soporte lógico en el tipo penal en el que se lo ha subsumido, que pena con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a cinco años, al funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que le corresponden.

Por último, debe aclararse que no es del caso intentar razonamiento alguno con fundamento en la modificación legislativa del tipo que nos ocupa, operada a través de la sanción de la ley 25188 -publicada en el Boletín Oficial el 1/11/1999-, en aras del obligatorio respeto al principio fundamental de condena fundada en ley anterior al hecho del proceso (*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*) acuñado por el Art. 18 CN. y el Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Principio que impone al juzgador aplicar las consecuencias jurídicas contenidas en la ley que está en vigor a la conducta humana que bajo su imperio se produce, ante posibles correcciones normativas que, seleccionando manifestaciones sociales consideradas disvaliosas, conceptúen indispensable su actual represión bajo la forma de preceptos punitivos, alterando gravosamente la situación de quien está imputado por un suceso anterior a su vigencia.

Razón indubitable de ello es que la determinación de incorporar como verbo típico el "solicitar", que acuña la novel redacción de la norma, amplía suficientemente el espectro de situaciones alcanzadas por la punición del tipo de las exacciones ilegales, como para abarcar -en principio- acontecimientos como los que se han investigado en estos actuados, con el consiguiente desmedro al derecho adquirido por el sujeto de no ver empeorada su suerte con las nuevas opiniones del poder legisferante (conf. mi voto en causa 1605 del registro de esta sala 4ª, "Guerediaga, Edgardo J. s/recurso de casación", reg. 2502.4, rta. el 24/3/2000). Si con ello, y siguiendo una reflexión de Roxin, en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada y socialmente nociva, es el precio que ha de pagarse por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado) -en su obra "Derecho Penal, parte general. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito", t. 1, 1997, Ed. Civitas, Madrid, p. 138-.

Con fundamento en todo lo hasta aquí expresado, y con lo que sigue me eximo de dar tratamiento al agravio procesal que no ha sido contestado en el punto 1 de este voto, en actuación de la solución procesal prevista en el Art. 470 de nuestro ordenamiento procesal, entiendo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto por el Dr. José E. García y casarse, por errónea aplicación de la ley sustantiva -Art. 456 inc. 1 CPPN.-, la sentencia obrante a fs.

2752/2753 vta. y 2757/2774 vta.; absolviéndose a Eduardo A. Varela Cid, cuyas demás condiciones personales obran en autos, en relación a la conducta por la cual resultara procesado. Dicha conclusión debe hacerse extensiva a su consorte de causa Juan J. Girella, por resultar lógica consecuencia de la casación sustantiva actuada, atento al carácter de partícipe necesario del delito que se le ha impuesto en la resolución que se corrige (Art. 441 CPPN.).

El Dr. Hornos dijo:

1. Corresponde liminarmente ingresar al estudio de los planteos recursivos incoados por los recurrentes por la vía del inc. 2 del Art. 456 CPPN.

1.1) A fs. 2780/2783 la defensa del encausado Juan J. Girella solicitó se declare la nulidad de la sentencia, con sustento en que el fiscal de juicio no precisó en su acusación el delito ni la participación que le endilgó a su asistido, por lo cual resulta inválida la condena pronunciada a su respecto. En segundo término afirmó que la selección y valoración de los elementos de prueba en los que el tribunal sentenciante fundó su convencimiento resultó arbitraria, puesto que prescindió de la valoración de algunos y ponderó testimonios que nunca fueron prestados. Señaló que ningún testigo -tampoco Ongaro- declaró que Girella hubiera exigido dinero a cambio de algo, o que les hubiere llamado telefónicamente.

Coincidió sobre el punto con la Dra. Berraz de Vidal en cuanto a que los planteos así formulados resultan por completo insuficientes para provocar en esta instancia el control relativo a la fundamentación de la sentencia dictada, pues los reseñados argumentos del recurrente se reducen a meras afirmaciones abstractas carentes de sustento en el análisis del completo y concreto del razonamiento que ha sustentado el fallo; habiéndose omitido también en relación a ello la invocación de las normas del código de rito en cuya inobservancia se apoya la pretendida nulidad. Falencias que denotan el incumplimiento de los requisitos que el Art. 463 CPPN. impone para la procedencia formal de la vía recursiva planteada, y que tornan inadmisibile el recurso de casación interpuesto.

Amén de lo expuesto, cabe resaltar que del acta de debate glosada a fs. 2737/2751, que ha sido firmada por el defensor de Girella, y contrariamente a lo que ahora aduce el recurrente, surge que el fiscal de juicio ha sustentado su acusación estableciendo tanto el grado de participación que le cupo a este último en el hecho objeto de proceso y condena, como las disposiciones del Código Penal en las que encuadró su accionar. Tampoco se advierte, pues el recurrente en modo alguno lo señala, cuáles han sido los dichos que el tribunal ha valorado como parte de los testimonios prestados y que, según la defensa, nunca habrían integrado las declaraciones por éstos realizadas, ni a qué testigos se les han atribuido; omisiones que impiden conocer cuál es el agravio específico invocado.

1.2) Adhiero también a las consideraciones efectuadas en el punto 1. del voto precedente en cuanto a que los agravios ensayados en ambas impugnaciones con apoyatura en la insuficiencia de la prueba valorada, en razón de que el pronunciamiento de condena se apoya -según los defensores- únicamente en la declaración del testigo Ongaro, se funda en definitiva en la mera discrepancia de la defensa con la selección del material probatorio efectuada en la sentencia, y con las conclusiones elaboradas por el tribunal de juicio en base a su evaluación, alegando su propio criterio de que no arrojan dichos elementos la certeza necesaria para arribar al convencimiento de los jueces; resultando por ende inhábil -como se adelantó- para habilitar la revisión casatoria reclamada, pues por la vía recursiva ensayada no es posible provocar un nuevo examen crítico de los elementos convocados en la sentencia (conf. De la Rúa, Fernando, "La casación penal", 1968, Ed. Zavalía, p. 177).

Es que, le está vedado a esta Cámara establecer la fuerza de convicción que tienen las pruebas obrantes en el proceso, por resultar dicha tarea facultad del tribunal de mérito.

1.3) Resta abordar en este primer capítulo el planteo efectuado por el defensor oficial de Varela Cid, en cuanto alegó que inválidamente concluyó el a quo que el nombrado, con la participación necesaria de Girella, exigió a Ongaro una suma de dinero a fin de evitar que la ley de correos, así como había sido sancionada en la Cámara de Senadores, tuviera la aprobación de la Cámara Baja. Cuestión que, por su relación con la que se sindicará en el acápite siguiente, será tratada entonces en forma conjunta con ésta.

Refirió aquí el impugnante que el pedido de colaboración cuya solicitud se le enrostra al nombrado no puede asimilarse a aquella exigencia que como elemento del tipo objetivo requiere la figura penal que finalmente se ha aplicado en el caso cuando reprime a aquel funcionario público que, abusando de su cargo, exige indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una dádiva.

Fundó su postura recordando que Carrara destaca como esencia de la concusión la de infundir el temor de un poder público; expresando Manigot que "lo que interesa, es que la situación que se plantea a la víctima sea de compulsión directa e inmediata" ("Código Penal de la Nación Argentina", Ed. Abeledo-Perrot, p. 895), y Creus que "la tipicidad reclama una actividad abusiva del funcionario, con respuestas compulsivas en el sujeto pasivo".

Y que de las constancias del proceso se desprende que el término mediante el que siempre se habría expresado tanto Varela Cid como Girella ha sido el de "colaboración", "como contraprestación de la colaboración que ellos harían impidiendo la sanción de la ley de correos o, por lo menos, con la modificación del respectivo proyecto, que ya contaba con media sanción del Senado de la Nación".

Afirmó en relación a ello que resulta errónea la conclusión del tribunal sobre el temor al poder del funcionario que la actitud enrostrada a los imputados les despertó a los destinatarios de los mencionados requerimientos; y que la solicitud de colaboración tampoco reunió los caracteres referidos.

Que la convicción de los jueces, que encontró fundamento en la celebración de varias reuniones entre los prestadores postales que formaban parte de la Cámara presidida por Ongaro, luego de las cuales decidieron no satisfacer la solicitud de colaboración resultó arbitraria pues, adujo la defensa, de las pruebas arrojadas al debate no se desprende que se hubiesen realizado encuentros con el motivo mencionado; siendo que la celebrada el día 12 de julio a las 18:00 hs. en el Hotel Liberty ya estaba programada con anterioridad.

Agregó en ese mismo orden de ideas que cuando Ongaro comentaba lo ocurrido, los prestadores postales, generalmente, y muy por el contrario a reaccionar dominados por el temor, se negaban automáticamente a la supuesta propuesta del entonces legislador; y que a esos efectos deben ponderarse las palabras de Canale en cuanto a que "nada podía llamarle la atención".

Que de otra parte, el a quo no ha especificado a quién de los prestadores ha afectado el "tremendo temor infundido por el poder estatal", ya que si bien la solicitud de colaboración se habría exigido a Ongaro, lo cierto es que Graziotín Figueroa y Biscay también se encontraban presentes los días de la petición. Y que, en su opinión, en ningún momento los sujetos pasivos del pedido de colaboración dieron muestras de ese temor reverencial considerado por el sentenciante sino que, lejos de ello, Ongaro "desfiló alegremente por todos los ámbitos posibles (periodístico, judicial y legislativo) a fin de aportar algún dato con referencia al objeto de pesquisa"; y cuando se dirigía junto con Graziotín a las oficinas de Varela Cid le manifestó que le parecía que algo raro iba a suceder, de lo que extrae el defensor oficial que dicha presunción no permite concluir que luego se haya visto envuelto por el temor al funcionario.

Refirió que tampoco tal sentimiento se desprende del hecho de que Ongaro no haya recordado los hechos de pesquisa en la audiencia de debate; y de que haya invitado a Varela Cid a la reunión a realizarse el 12/6/1995 en el Hotel Savoy cuando el día anterior había sido víctima de una solicitud "de la misma entidad" que aquella que se le formuló ese día 12.

Por último, opinó que no es posible desatender que, como lo afirmó el diputado González Cabañas en la correspondiente reunión de la comisión de asuntos constitucionales, son absolutamente comunes los pedidos de contribución que llevan a cabo los políticos en épocas de campaña, costumbre que evidentemente era conocida por Ongaro.

2. Con relación al cuestionamiento efectuado en el punto anterior, y por la vía de lo dispuesto en el Art. 456 inc. 1 CPPN., se agravio la defensa de Varela Cid de la errónea aplicación que del Art. 266 CPen. efectuó el tribunal de juicio.

2.1) Adujo en primer término, y en relación con lo expuesto en el acápite anterior, que la simple solicitud de colaboración no configura la exigencia que requiere la referida disposición de fondo, ya que "exigir" significa "demandar imperiosamente, vale decir, obrando caprichosamente, despóticamente"; que para Creus "exigir es reclamar, demandar; no exige el que solicita, sino el que demanda imperiosamente" ("Derecho Penal. Parte Especial", t. 2, p. 315); que Núñez, por su parte, asevera que "para que exista una exacción en los términos del Art. 266, no basta que el funcionario insinúe o pida indebidamente sin ejercer coerción o sin valerse del error ajeno"; y Soler enseña que la intimidación debe ser medida con el criterio medio correspondiente a la clase de sujetos a quienes va dirigida, sin requerir una resistencia heroica a la presión.

Que en relación a esto último, no debe olvidarse que Ongaro, según sus propias declaraciones, se asume como "lobysta" de los intereses de los prestadores postales y que la contrapartida del supuesto pedido de colaboración era la de evitar la sanción de una legislación sobre la materia cuyo trámite, a la época de los hechos, era de público y notorio conocimiento, contaba con mayoría absoluta en la Cámara de Diputados.

Afirmó la defensa que resulta esencial en el caso considerar que Varela Cid sustentaba en forma pública una posición contraria al dictado de la ley de correos fundada en su lucha contra el narcotráfico y el lavado de dinero; y que la ley de marras se objetivaba en aquel artículo que permitía la denominada libertad de saca, lo cual significa, en definitiva, la imposibilidad de controlar el contenido de una saca de correo supuestamente fundada en la libre circulación de la correspondencia epistolar cuyo basamento es la Constitución Nacional. Agregó que aquél no era miembro de la Comisión de Comunicaciones de la Cámara de Diputados, no presidía el bloque oficialista mayoritario, ni algún bloque "rebelde" dentro de la misma.

Todo lo cual denota en su opinión la imposibilidad de interpretar el pedido de colaboración como configurativo de una exigencia intimidatoria para una persona que, como Ongaro, frecuentaba los despachos legislativos.

Reiteró que la solicitud por parte de los imputados se efectuó bajo el título de colaboración. Y que tanto es así que Biscay pensó que se trataba de una colaboración de trabajo; que no provocó dicha petición temor en el fuero íntimo de los sujetos pasivos y que cuando Varela Cid intentó comunicarse telefónicamente con ellos, jugaron un papel dominante de la situación al no responder a ninguna de las llamadas efectuadas por el imputado.

Por otra parte, destacó que el Art. 266 CPen. se refiere al que exigiere o hiciere pagar o entregar "indebidamente", término que implica que el pedido no tenga una fuente legal o consuetudinaria. Que en función de ello, destaca Ramos Mejía que son ejemplos conocidos las gratificaciones al personal de correo en época de fin de año o las recaudaciones de los bonos de contribución para los hogares policiales.

Finalizó remarcando que Varela Cid, quien se había separado del partido justicialista y había adoptado un accionar independiente, "registra como fuente de financiamiento bonos de contribución o realización de cenas o comidas; conductas que están tácitamente aprobadas por la sociedad, y que tienen como destino último la posibilidad de ejercicio de una actividad lícita y protegida por la Constitución Nacional".

2.2) Por último, adujo el recurrente que, amén de los agravios impetrados precedentemente, el hecho que consideró acreditado el tribunal resulta atípico.

Al efecto, recordó que, al momento de sustentar la condena de su asistido, los jueces concordaron con la postura doctrinaria de Ramos Mejía, quien considera que la reseña que hace el Art. 266 en relación a la dádiva, constituye un delito autónomo e independiente: el de concusión; y que en tanto la exacción hace referencia a algo que sólo se puede adeudar o pagar al Estado, en cuyo nombre y aparente beneficio actúa y debe actuar el agente, la dádiva supone algo que nunca puede inferir la víctima como adeudado al Estado.

Refirió el impugnante que, contrariamente, la "dádiva" a la que se refiere la mencionada disposición sólo se puede circunscribir a un pedido con fines de favorecimiento a la administración pública, aunque lo pedido se transforme en provecho personal del sujeto activo del injusto.

Que en tal entendimiento Leja Anaya enseña que la dádiva de la exacción no es la dádiva del cohecho, porque sigue siendo, en todo caso, una carga, y que sólo así puede entenderse como una especie de mala carga o mala forma de contribuir. Y que por ello Soler habla de la posibilidad de que un funcionario exija la contribución o la dádiva indebida y efectivamente la invierta en el servicio público ("Comentarios al Código Penal, parte especial", vol. 2, p. 144).

En base a lo expuesto, refirió que la conducta enrostrada a Varela Cid sólo podría, en principio, configurar el delito tipificado por el Art. 268 del código de fondo; según lo sostiene también Soler para quien el sujeto que obra con fines personales incurrirá en tal delito, y Oderigo, en cuanto afirma que cuando la exigencia sea realizada no con destino a la administración pública a que pertenece el funcionario, sino para el peculio de éste o de un tercero, se aplicará dicha norma.

Pero que, sin embargo, la imposibilidad de esa calificación deviene de que en este último caso se requiere una doble actividad por parte del sujeto activo, quien, al efecto, tuvo que en primer término haber intervenido como autor o partícipe de alguna de las exacciones previstas en los arts. 266 y 267 CPen. y luego, agregar a esa conducta la conversión del producto de ellas en su particular beneficio o en el de un tercero. Ello, toda vez que convertir significa dar a lo detraído un destino distinto del que se invocó como motivo de detracción, es decir, no ingresarlo en la administración, y que distinto es el caso en el que, según se tuvo por probado en el presente proceso, el funcionario requiere la dádiva para sí y con conocimiento de la víctima de ese destino, por no poder ser convertida la dádiva en provecho propio.

Sobre esto último considera correcto el criterio de Ramos Mejía en cuanto a que no se puede convertir en beneficio propio aquello que lo ha sido así exigido y percibido primigeniamente.

Solicitó, en consecuencia, que en virtud de la inexistencia de normativa penal alguna que prevea y reprima el accionar que se le imputa a Varela Cid, debe esta Cámara resolver su atipicidad.

3. Corresponde ingresar al estudio de los planteos efectuados por la defensa de Varela Cid, reseñados en los puntos 1.3) y 2.1), precedentes, pues en ambos, ya sea por la vía del error in procedendo o in iudicando, se invoca la errónea aplicación del Art. 266 CPen., efectuada por el tribunal al concluir que la conducta enrostrada a su pupilo constituyó la exigencia que demanda la figura en cuestión.

En primer lugar, cabe recordar que, se ha dicho, "exigir" es, en una de sus acepciones, demandar imperiosamente (Fontán Balestra, "Tratado de Derecho Penal", t. 7, 1975, ps. 304/307); obrando caprichosamente, despóticamente (Ramos Mejía, "El delito de concusión", 1963, Ed. Depalma, p. 63).

Soler, con remisión a Manzini ("Tratado", t. 5, p. 196 y ps. 112/113), afirma que en la concusión el funcionario pide o exige; en el cohecho acepta.

Sin embargo, este autor señala, en relación a las diferencias entre el cohecho y la exacción ("Derecho Penal Argentino", t. 5, 1978, Ed. Tea., p. 195), que no siempre es clara su distinción, particularmente en la corrupción pasiva, que se manifiesta en forma de insinuación para que la promesa sea formulada, cuyas notas diferenciales están dadas en que el acuerdo en la corrupción es voluntariamente perfecto aunque mediase insinuación del funcionario; y que, por el contrario, en la exacción el acuerdo dista de existir porque el extraneus actúa con la voluntad viciada.

En relación a ello señala Humberto Vidal ("Cohecho", publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, año 32, n. 4/5, octubre/noviembre de 1968, p. 231 y ss.), que la figura del cohecho involucra un convenio verbal y venal en vista a un acto funcional, siendo indiferente que la iniciativa parta del funcionario, cuando ella se limita a insinuaciones o sugerencias más o menos hábiles y encubiertas, silencios o gestos sugestivos, para que la oferta corruptiva sea pronunciada. Destaca que lo fundamental es que esa iniciativa del corrupto no debe alcanzar una jerarquía tal que coarte la libre iniciativa de la otra parte; así por ejemplo, solicitar o pedir la dádiva en forma más o menos concreta, de modo que supere el límite máximo admisible para el cohecho consistente en las insinuaciones o sugerencias aludidas precedentemente.

Lo sustancial en el caso es que, como también lo recuerda Soler, en la concusión tanto vale la exigencia o requerimiento explícito como implícito, derivados de la situación de hecho, de manera que la voluntad del sujeto pasivo se encuentre coartada, ya sea que se haya pronunciado como demanda imperiosa o simple pedido. Es decir que, lo destaca asimismo Ernesto Ure, puede haber exacción cuando el funcionario prepara el terreno, con tal habilidad o artería, que coloca a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa ("Temas y casos de Derecho Penal", 1942, p. 238); prevaleciendo de la preponderancia que frente al administrado le da el cargo que ejerce (Creus, "Delitos contra la Administración Pública", 1981, Ed. Astrea, p. 392).

Por las razones expuestas no resulta relevante, a los fines de considerar atípica la conducta, la circunstancia remarcada al efecto por el recurrente, consistente en que la solicitud efectuada por parte de los imputados se haya realizado siempre a título de "colaboración", pues, reitero, lo definitivo de la cuestión, a los fines de la configuración del delito de concusión, no es el término que se utilice para requerir la dádiva sino, en relación a los criterios enunciados, que de acuerdo a la situación de hecho dada -teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, unidas a la forma de manifestarse las personas- se pueda concluir que la proposición o pedido se puedan equiparar a la exigencia configurativa de este delito.

Ahora bien, consideró acreditado el tribunal de juicio, en base a la valoración de las pruebas arrimadas al debate que le es privativa, que "Eduardo Varela Cid, abusando de su cargo, con el auxilio de Juan J. Girella, requirió a la Cámara de Prestadores Postales de la República Argentina, representada por Ongaro, una suma de dinero de entre \$ 5000 y \$ 10000, por cada uno de los correos componentes de la institución, petición que se concretó en las oficinas del primero, el 12/7/1995, en horas de la tarde"; como contraprestación a lo actuado por él en cuanto a que "había detenido el tratamiento de la ley de correos por tres semanas y que tenían que ver ahora como arreglar los artículos que a ellos les interesaban"; ley que ya había sido aprobada por el Senado y que presuntamente iba a ser tratada por la Cámara de Diputados en forma inminente (conf. fs. 2758/2759 vta.).

En base a lo expuesto, resulta correcto el encuadramiento que el sentenciante otorgó a la conducta descripta, pues la demanda dineraria efectuada a cambio de lograr el retraso en el tratamiento de la ley en cuestión en la Cámara de Diputados, y el "arreglo" de los pertinentes artículos, que resultaban perjudiciales a los intereses de los prestadores postales, reunió en el caso carácter coactivo, compulsivo, suficiente para presionar psicológicamente o constreñir la voluntad de las víctimas de la solicitud dineraria.

Encuadrado así el hecho que resultó objeto de imputación, proceso y condena, las afirmaciones del recurrente relativas a que el accionar juzgado no despertó temor en los prestadores postales (en tal sentido: que éstos se negaban automáticamente a la supuesta propuesta del entonces legislador, y que no realizaron reuniones para tratar la cuestión; que Ongaro "desfiló alegremente por todos los ámbitos posibles a fin de aportar algún dato con referencia al objeto de pesquisa" y que cuando se dirigía a las oficinas de Varela Cid le manifestó a Graziotín que le parecía que algo raro iba a suceder, conductas ambas que no se corresponden con el temor al funcionario en el que, se consideró, luego se vio envuelto; que tampoco tal sentimiento se desprende del hecho de que Ongaro no haya recordado los hechos objeto de pesquisa en la audiencia de debate; y que haya invitado a Varela Cid a la reunión a realizarse el 12/6/1995 en el Hotel Savoy cuando el día anterior había sido víctima de una solicitud de similar entidad que la juzgada) no resultan hábiles para contrarrestar dicha conclusión. Y sólo representan su particular disenso con el significado que el a quo otorgó a las pruebas en las que fundó su



convencimiento, sobre el particular impacto que el accionar juzgado causó en los sujetos pasivos, insuficiente para demostrar la arbitrariedad de la decisión ahora cuestionada.

Tampoco conmueven la corrección de la calificación escogida los planteos del impugnante consistentes en que Ongaro se asuma como "lobysta" de los intereses de los prestadores postales y que la contrapartida del pedido de colaboración fuera la de evitar la sanción de una legislación sobre la materia, cuyo trámite, a la época de los hechos, contaba con mayoría absoluta en la Cámara de Diputados; que Varela Cid sustentara en forma pública una posición contraria al dictado de la ley de correos; y que no fuera miembro de la Comisión de Comunicaciones de la Cámara de Diputados, ni presidiera el bloque oficialista mayoritario, ni algún bloque "rebelde" dentro de la misma.

Ello pues, las referidas consideraciones constituyen cuestiones de hecho tendientes a demostrar la falta de entidad coactiva de la exigencia formulada, pero que, por lo dicho, sólo representan el particular criterio de la defensa, inhábiles para desvirtuar las consideraciones efectuadas sobre el punto. Amén de que, a mayor abundamiento, es dable destacar que lo cierto es que consideró probado el tribunal que, justamente, los prestadores postales, víctimas luego de la concusión perpetrada, se habrían acercado hasta las oficinas de Varela Cid con motivo de su preocupación por la posible sanción de la ley de correos, que ya contaba con la aprobación del Senado, y que sería tratada por la Cámara de Diputados. Circunstancia que echa por tierra, al menos, que ellos conocieran la imposibilidad que tenía el diputado para influir en la cuestión que les interesaba.

Idéntica solución corresponde respecto de los alegatos efectuados por el recurrente acerca de que la solicitud de colaboración formulada por su asistido constituyó en definitiva el ejercicio de una costumbre socialmente aceptada, que tenía como objetivo el financiamiento de su campaña política, ya que son comunes los pedidos de colaboración que realizan los políticos en épocas de campaña, conocida por Ongaro; pues, corresponde reiterar, lo que resultó materia de condena fue la demanda dineraria efectuada en las condiciones ya señaladas, independientemente de cuál fuera el destino que el imputado pretendiera darle.

4. Respecto al planteo efectuado por el recurrente en torno a la errónea aplicación del Art. 266 CPen., reseñado en el acápite 2.2) que antecede, corresponde recordar liminarmente que el título 11 CPen. incorpora figuras delictivas cuyo bien jurídico tutelado es la Administración Pública, y que tienen por objeto preservar su funcionamiento regular, en el concepto más amplio de la función administrativa del Estado, contemplando aspectos vinculados tanto con la conducta de los funcionarios públicos -en los términos del Art. 77 párr. 3º CPen.-, como de particulares, procurando prevenir comportamientos que pudieran obstaculizar la regularidad funcional de la Administración Pública.

"De lo que se trata es de preservar el normal, ordenado, correcto y legal funcionamiento de la actividad administrativa del Estado. Siendo las exacciones ilegales una de las figuras delictivas que lo componen como típico ejercicio abusivo de la autoridad por parte de un funcionario público" (esta Cámara, sala 1ª, causa 925, "Pluspetrol S.A. s/recurso de casación", reg. 1306, 12/12/1996).

La disposición al comienzo mencionada reprime al funcionario público "que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden".

Ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Cámara de Casación sobre el tema que ha sido objeto de recurso, resolviendo, con argumentos que comparto, que resulta acertada la postura adoptada por Enrique Ramos Mejía en relación a que "cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad, por lo tanto, de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera, y no infringe por ello el Art. 268, sino solamente el 266". "Es que, esta hipótesis delictiva no es una de las exacciones contempladas en la primera de las citadas disposiciones, sino un delito autónomo e independiente: el de concusión, que encuadra únicamente en el Art. 266" (conf. "El delito de concusión", 1963, Ed. Depalma, p. 39; y esta Cámara, sala 1ª, causa 282, "Hara, Carlos F. s/recurso de casación", reg. 396, 2/2/1995 [5] y causa 442, "Perreta, Jorge A. y otra s/recurso de casación", reg. 561, 10/8/1995; y sala 3ª, causa 1845, "Olmedo, Osvaldo A. y otros s/recurso de casación", reg. 733/1999, 29/12/1999).

La expresión "exacción" vale tanto como recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, o sea algo que sólo se puede adeudar al Estado en cuyo nombre y en cuyo aparente beneficio actúa el agente, exigencia que está prevista en el Art. 266 CPen. y agravada en el Art. 268 del mismo cuerpo legal.

Debe tenerse en cuenta que "el Art. 266 no usa el término exacciones, sino que sólo menciona las diversas exigencias según se trate de contribución, derecho, o dádiva, y por ello, cuando el Art. 268 se refiere a las exacciones expresadas en los artículos anteriores, no hay razón para entender comprendidas todas las hipótesis del Art. 266, sino sólo aquellas que constituyen verdaderas y propias exacciones..." (conf. obra citada, p. 39; los fallos citados de esta Cámara

de Casación; C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, causa 44854, "Banegas, M." , 12/7/1996; sala 4ª, causa 32621, "García, Luis y otro", sala 2ª, causa "Gallegos, Miguel M.", 21/9/1979, en C. Nac. Civ. y Com., 979, VI, 72, sum. n. 2230; y C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, causa 5418, "Sosa, Oscar A. s/exacciones ilegales" y causa "Dejean, Hugo" , 7/7/1986; entre varias otras).

Resulta correcta entonces la postura adoptada por el tribunal al encuadrar el hecho materia de juicio en la figura prevista en el Art. 266 del código de fondo, toda vez que, como se dijo, debe distinguirse la concusión de las exacciones ilegales, porque en el primer caso el funcionario aprovecha su autoridad para enriquecerse, exigiendo dádivas o beneficios. En efecto, la dádiva, que es "la cosa que se da graciosamente", fue inserta en el artículo contemplando aquellas situaciones en las que el agente actúa desde un principio, invocando su propio nombre y en exclusivo beneficio.

5. En virtud de lo expuesto propicio el rechazo de los recursos de casación interpuestos con costas; y que se confirme la sentencia dictada.

Por ello, por mayoría, se resuelve:

1. No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 2780/2783 por el Dr. Marcelo C. Sánchez, asistiendo a Juan J. Girella, sin costas (arts. 530 y 531 CPPN.).

2. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 2784/2886 vta. por el defensor público oficial, Dr. José E. García, asistiendo a Eduardo Varela Cid, y, consecuentemente, casar la sentencia de fs. 2752/2753 vta. y 2757/2774, revocándola y absolviendo a Eduardo A. Varela Cid, cuyos demás datos personales obran en autos, en orden al delito por el que fue acusado, sin costas (arts. 470 , 530 y 531 CPPN.).

3. Hacer extensivo lo resuelto en el punto 2. anterior a Juan J. Girella, cuyos demás datos personales obran en autos, y, en consecuencia, absolverlo en orden al delito por el que fue acusado (arts. 441 y 470 CPPN.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al Trib. Nac. Oral Crim. Fed., n. 5, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.- Ana M. Durañona y Vedia.- Amelia Lydia Berraz de Vida.- En disidencia: Gustavo M. Hornos. (Sec.: Daniel E. Madrid).

NOTAS:

(1) LA 1994-B-1720 - (2) JA 1978-II-114 - (3) LA 1999-D-4267 - (4) LA 1994-B-1615 - (5) JA 1995-IV-581.

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales a) Generalidades**

El pedido de dádiva que tipifica el Art. 266 CP. tiene dos partes: 1) hacerse pagar o entregar, que requiere además del abuso del funcionario público, una especie de exigencia, esto es una demanda imperiosa por parte del funcionario que se hace en virtud del cargo, por lo que dicha exigencia se apoya en el temor hacia el funcionario público, en este caso, con mayor jerarquía; y 2) cuando el funcionario actúa no ya mediante una forma de extorsión sino más cercano a la estafa, esto es, la persuasión o el error, siempre solicitando algo que la persona que entrega no deba y que el funcionario público no esté, como tal, dentro de sus funciones facultado a recibir.

(C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 12/04/1995 - Barbieri, Flavio E.). JA 1996-II-261

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales b) Figura básica**

En el género de las exacciones, las acciones son exigir, hacerse pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrarse mayores derechos de los que le corresponden.

(C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, 10/08/1995 - Perretta, Jorge A. y otros). JA 1996-III-203.

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales b) Figura básica**

La diferencia fundamental entre el cohecho y la concusión radica en que en esta última la voluntad del que paga está viciada por el temor que la exigencia del funcionario ha engendrado o, por lo menos, por el error que este último puede inducir en el primero (casos de concusión explícita e implícita), mientras que en el cohecho existe un acuerdo de partes que es voluntariamente perfecto; representa un acuerdo sobre un acto futuro, legal o ilegal del funcionario.

(C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 29/08/2000 - Varela Cid, Eduardo). JA 2002-I-479.

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales b) Figura básica**

La concusión simple está definida en el Art. 266 CPen., siendo sus requisitos para que el delito se configure: 1) un funcionario público que abusa de su cargo, actuando por sí o por interpósita persona, 2) la exigencia de un pago de una contribución, derecho o dádiva, ya sea que la misma corresponda o no, y 3) la ilegalidad del cobro.

(C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 29/08/2000 - Varela Cid, Eduardo). JA 2002-I-479.

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales b) Figura básica**

Es autor de exacciones ilegales el funcionario público que exige una dádiva, no para él sino para el Estado, en virtud de la facultad de influir en los contratos de un grupo musical, aunque tuviera una buena intención, como es la de fomentar la música en las escuelas, pues el sistema republicano de gobierno implica que el funcionario debe trabajar con los fondos públicos que se le asignan, y no sacarlos del salario de las otras personas, y menos con exigencias, reales o ficticias.

(C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 12/04/1995 - Barbieri, Flavio E.). JA 1996-IV-síntesis.

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales b) Figura básica**

Lo que hace de la exacción un delito contra la administración pública es el elemento de abuso de autoridad que contiene, el cual puede no ser estrictamente funcional sino que basta que el sujeto actúe en función de autoridad, invocando esa calidad expresa o tácitamente y que esa calidad exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna.

(C. Fed. Mendoza, sala B, 07/02/1995 - Leal Seru, Federico). JA 1996-IV-síntesis.

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales b) Figura básica**

En la exacción del Art. 266 CP. no es necesaria la vinculación con un acto futuro, todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia, no siendo necesario que se amenace con la concreta ejecución de una medida injusta; basta el temor genérico que la autoridad suscita.

(C. Fed. Mendoza, sala B, 07/02/1995 - Leal Seru, Federico). JA 1996-IV-síntesis.

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - 10) Exacciones ilegales c) Exacción agravada por el medio**

El Art. 267 CPen. agrava la figura de las exacciones ilegales en razón del modo coercitivo o engañoso utilizado por el funcionario, consistiendo el uso de intimidación no sólo en la amenaza al sujeto pasivo de inflingirle un perjuicio cualquiera en virtud de la potestad pública de que se halla investido, sino también el que de cualquier otro modo trata de infundirle temor o presionarlo para que acceda a la exigencia, pago o entrega.

(C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 08/07/2003 - Adre, Marcelo B.).

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Exacciones ilegales agravadas por el medio - Intimidación - Concusión**

**(C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 08/07/2003 - Adre, Marcelo B.). - Buenos Aires, julio 8 de 2003.**

El Dr. Fégoli dijo:

I.1. Que el Tribunal Oral en lo Criminal n. 24 de esta ciudad resolvió condenar a Marcelo B. Adre por considerarlo autor penalmente responsable del delito de exacciones ilegales agravadas por el empleo de intimidación (Art. 267 CPen.) a la pena de un año y seis meses de prisión, cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, e inhabilitación especial por el término de cuatro años para desempeñarse en la función pública, abarcando el ejercicio de la profesión de martillero en expedientes judiciales (Art. 29 inc. 3 CPen.) (conf. fs. 327).

Contra dicha decisión, la defensa de Marcelo B. Adre, interpuso recurso de casación a fs. 332/336 vta., el que concedido parcialmente a fs. 337/338, fue mantenido a fs. 343.

2. Que el recurso de casación lo estimó procedente en virtud de lo establecido en el Art. 456 inc. 1 CPPN.

Señaló que es "un hecho que el Art. 266 CPen., no sólo habla de contribuciones, derechos o mayores derechos de los que corresponden, sino que también establece como posible objeto de la exigencia punible a la `dádiva'" situación que exige indagar si la misma está incluida en la definición de "exacción ilegal" y si, de tal modo, es factible encuadrar la conducta de su defendido en la figura prevista en el Art. 267 CPen. que prevé las exacciones agravadas o calificadas por la intimidación (fs. 333).

Consideró así que "la más común definición de `dádiva'" es aquélla que la entiende como "la cosa que se da graciosamente, una liberalidad por parte de quien la entrega, no siendo legalmente exigible por quien la recibe, por no adeudársele" concluyendo entonces que "si un funcionario público, abusando de su cargo, exige o hace pagar indebidamente una `dádiva' no comete el delito de `exacción ilegal' ya que una `dádiva' nunca podrá ser objeto de una exacción" (fs. 333/vta.).

Insistió que las conductas descriptas en los arts. 266 a 268 CPen. sólo pueden ser cometidas por un funcionario público, y al mencionar "contribución, derecho o mayores derechos de los que corresponden" se refiere a "impuestos o tasas que las disposiciones legales (en sentido material) imponen a los particulares en beneficio del Erario Público", y que entonces en los supuestos de exacciones ilegales el funcionario actúa movido por un excesivo celo fiscalista (fs. 333 vta.).

Continuó expresando que tratándose la "dádiva" de una liberalidad, "algo que se entrega graciosamente y no se debe, no pudiendo por ende serle exigida a nadie, podemos concluir que, en consecuencia, un funcionario público no puede exigir (ni debida ni indebidamente) la entrega de una `dádiva' a favor del Estado, y por ello, que la `dádiva' nunca puede ser el contenido de una `exacción ilegal'", así el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente una "dádiva" actuará en todo momento en provecho particular (fs. 333 vta.).

Prosiguió señalando que dicha conducta "implica un abuso de autoridad como medio para obtener un beneficio patrimonial de carácter particular (...). De este modo quedan atrapados en la misma norma (Art. 266 CPen.) las figuras de exacción ilegal y de concusión. En síntesis, puede afirmarse que la distinción entre ambas figuras está dada por el objeto de la exigencia" (fs. 334).

Así, si el funcionario público exige "una contribución, un derecho o mayores derechos que los que corresponden, estaremos ante un delito de `exacción ilegal', el contenido de la exigencia es un rubro que puede ser debido al Estado, actuando entonces el funcionario con un excesivo celo fiscalista y en beneficio del erario público. Pero si el funcionario público exige una `dádiva' estaremos ante el delito de `concusión' por aquello de que dicha exigencia nunca puede serle debida al Estado, lo que nos pone de relieve que el agente siempre y desde un principio actuará en beneficio particular (fs. 334).

Concluyó precisando que las circunstancias agravantes contempladas en los arts. 267 y 268 CPen. deben considerarse tales exclusivamente respecto de la figura básica de `exacción ilegal' y no de `concusión'".

Finalmente, hizo reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 336 vta.).

3. Durante el plazo del Art. 465 CPPN. y en la oportunidad del Art. 466 CPPN., el fiscal de Cámara Dr. Pedro Narvaiz presentó el escrito glosado a fs. 348/350.

Señaló que el delito de concusión se encuentra inserto en el Art. 266 CPen. (contemplado junto con la exacción ilegal simple) cuando incrimina el hecho del funcionario que exige la entrega de una dádiva, porque como el Estado no puede recibir dádivas es evidente que desde el origen requiere para sí y no para el Estado, y que en el caso traído a estudio se encuentra acreditada la coacción e intimidación ejercida por Adre hacia Herrador con la finalidad de obtener una suma de dinero por parte de este último. De modo que esa "dádiva" era el resultado de la expresa solicitud ejercida mediante presión psicológica por el oficial público, descontándose de plano todo acuerdo y espontaneidad en la entrega, no existiendo a su juicio obstáculo alguno para que al delito de concusión le sea aplicable la agravante prevista en el Art. 267 CPen.

Refirió seguidamente que en el Art. 266 lo que el autor hace es "intimidar con la presencia de un funcionario público que pide; en cambio, en la agravante, es este funcionario que pide algo pero amenazando con mal a futuro, que debe ser idóneo para infundir temor al sujeto pasivo" y que "la plataforma fáctica establecida en la sentencia impugnada demuestra sin lugar a dudas la idoneidad intimidante de la amenaza dirigida a la víctima".

Concluyó entonces que le asiste razón a la defensa en cuanto a que el accionar de Adre se adecua típicamente a la figura de concusión prevista autónomamente en el Art. 266 CPen., aunque sin perjuicio de ello disiente en cuanto a la agravante, toda vez que la misma se encuentra probada en autos y es perfectamente aplicable al delito de concusión", postulando por ello, se hiciera lugar parcialmente al recurso de casación, recalificándose la conducta como concusión agravada por intimidación.

4. Que a fs. 356 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el Art. 468 CPPN.

II. Llegadas las actuaciones a este tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el Art. 456 inc. 1 CPPN. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente alegó fundadamente la errónea aplicación de la ley sustantiva; además el pronunciamiento mencionado es apelable en virtud de lo dispuesto por el Art. 457 CPPN.

III. Conforme lo anteriormente expuesto el agravio traído a estudio de este tribunal por parte de la defensa de Marcelo B. Adre versa sobre las figuras que contempla el Art. 266 CPen., precisamente si en éste se prevé el delito de concusión, y si el mismo admite la posibilidad de ser agravado de conformidad con lo contemplado en los arts. 267 y 268 CPen.

Con relación al tema tuve ocasión de pronunciarme in re: "Pazos, Horacio A. s/recurso de casación", reg. 2262, causa 1803, rta. 5/11/1998, oportunidad en la cual señalé que el delito de concusión está definido en el Art. 266 CPen., y su acción consiste en exigir, hacer pagar o entregar indebidamente una contribución, un derecho o una dádiva o en cobrar mayores derechos que los que corresponden, siendo para nuestra ley un delito formal que se consuma con la exigencia sin que sea necesario que se produzca el pago.

Ahora bien la redacción definitiva del texto del Art. 266 CPen. ofrece la particularidad de legislar la concusión junto con las hipótesis del delito de exacciones ilegales.

Lo expuesto suscitó algunos conflictos en la interpretación de la norma, y así, a fin de separar debidamente el delito de concusión de las hipótesis de exacciones ilegales, que como se vio también integran la figura, Ramos Mejía sugiere que el elemento diferenciador entre ambos tipos legales está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica. Mientras que en el delito de exacciones ilegales ella versa sobre una contribución o un derecho, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, mas no para exigir en demasía; en cambio, en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima.

En tal sentido no es lo mismo exigir una contribución o un derecho o cobrar mayores derechos que los que corresponden, que exigir una dádiva, ni es en todos los casos lo recibido producto de una exacción, como parece desprenderse de lo dispuesto por el Art. 268 CPen.

El error de nuestra ley, a consecuencia del cual se ha producido esa confusión entre ambos delitos, proviene de haber equiparado en el Art. 266 CPen. la exigencia de una "contribución" o de un "derecho" con la de una "dádiva" ambigüedad ésta que, en gran medida, se vio favorecida por el Art. 268 CPen., en cuanto consideró a todas esas exigencias como exacciones.

La palabra exacción, de firme tradición etimológica y jurídica, vale tanto como recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos o contribuciones, vale decir, de algo que sólo se puede adeudar al Estado, en cuyo nombre y aparente beneficio debe actuar el funcionario que los reclame.

Por eso, ese tipo de exigencia, importa una exacción ilegal y se halla reprimida en el Art. 266 CPen., agravando la pena el Art. 268 CPen., para el caso del funcionario que convierta la respectiva exacción en provecho propio o de terceros, desviándola así del destino primitivo: las arcas fiscales.

Pero cuando lo exigido indebidamente es una dádiva, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente al Estado, el agente actúa desde un principio invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, sin posibilidad, por lo tanto, de convertir luego en provecho propio lo obtenido de aquella manera y no infringe por ello el Art. 268 CPen. sino, solamente, el Art. 266 CPen.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el Art. 266 CPen. no usa el término "exacciones", sino que sólo menciona las diversas exigencias según se trate de "contribución", "derecho" o "dádiva" y por ello cuando el Art. 268 CPen. se refiere a las "exacciones expresadas en los capítulos anteriores", no hay razón para entender comprendidas todas las hipótesis del Art. 266 CPen., sino sólo aquéllas que constituyen verdaderas y propias exacciones según el referido sentido etimológico y jurídico del término, o sea, la exigencia extorsiva y engañosa de derechos o contribuciones no debidos al Fisco, únicos que pueden convertirse luego en provecho personal. En la concusión desaparece así todo vestigio de engaño o ardid, y sólo se advierte en la acción original su carácter extorsivo (conf. Ramos Mejía, Enrique, "El delito de concusión", ps. 38/40).

Ahora bien, y en punto a las previsiones contenidas en el Art. 267 CPen., considero que le asiste razón al tribunal a quo al indicar que "el abuso funcional de Adre parece claro, pues no podría en nuestra opinión discutirse que se sirvió indebida y coercitivamente del cargo para obtener una dádiva, operando sobre el temor del sujeto pasivo a la potestad pública, derivando en el caso la coerción del ejercicio arbitrario del cargo por el funcionario. No se requiere que se doblegue a la víctima para cubrir la exigencia del Art. 267 CPen. Si bien la figura contiene un atentado contra patrimonio ajeno, otro ha sido el bien jurídico privilegiado al ubicarla dentro de

los delitos contra la administración pública, en el caso indudablemente turbada por el proceder de Adre" (conf. fs. 330 vta.).

Ha señalado Ricardo C. Núñez en cuanto a los supuestos contemplados en el Art. 267 CPen. que se trata de "un agravamiento del tipo del Art. 266 (CPen.) en razón del modo coercitivo o engañoso utilizado por el funcionario para exigir, hacerse pagar, entregar o cobrar indebidamente una contribución, un derecho, una dádiva o cobrar mayores derechos de los que le corresponden", consistiendo el uso de intimidación no sólo en la amenaza al sujeto pasivo por parte del funcionario de "inflingirle un perjuicio cualquiera en virtud de la potestad pública de que se halla investido, sino también el que de cualquier otro modo trata de infundirle temor o presionarlo para que acceda a la exigencia, pago o entrega" (conf. Núñez, Ricardo C., "Derecho Penal argentino. Parte especial", t. VII, ps. 137/138).

En el mismo sentido se ha indicado que el empleo de intimidación prevista en el Art. 267 CPen. implica la amenaza de sufrir un mal determinado, por ello es necesario que el autor lo haga haciéndole notar a la víctima el mal de futuro, diferenciándose de la intimidación contenida en la figura simple en que en ésta se produce por venir expresamente de la autoridad pública (conf. Donna, Edgardo A., "Delitos contra la Administración Pública", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 358; y en igual sentido la sala 1ª de esta Cámara en los antecedentes "Hara, Carlos G. s/rec. de casación", causa 282, reg. 396, rta. el 2/2/1995 y "Macri, Eduardo A. s/recurso de casación", causa 1242, reg. 1608, rta. 13/6/1997).

Cabe concluir así que esta interpretación resulta compatible con la doctrina de nuestro alto tribunal en cuanto ha señalado que la ley debe interpretarse evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto en una armónica integración (Fallos 313:1293), atendiendo al sentido propio de las palabras que se emplean sin molestar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos 295:376).

IV. Considero pues que se ha efectuado una correcta aplicación de la ley sustantiva (Art. 456 inc. 1 CPPN.), debiéndose rechazar el recurso de casación deducido por la defensa a fs. 332/336 vta., y confirmar por ello la sentencia de fs. 327/vta., cuyos fundamentos se encuentran agregados a fs. 328/331 vta., en cuanto condenó a Marcelo B. Adre como autor penalmente responsable del delito de exacciones ilegales agravadas por el empleo de intimidación (Art. 267 CPen.). Tal es mi voto.

Los Dres. David y Madueño dijeron: Que adhieren a los fundamentos y conclusiones del voto precedente.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la sala 2ª de la Cámara Nacional de Casación Penal resuelve: Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa a fs. 332/336 vta., con costas, y confirmar la sentencia de fs. 327/vta., cuyos fundamentos se encuentran agregados a fs. 328/331 vta. (arts. 470 contrario sensu, 530 y 531 CPPN.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del Art. 400 parte 1ª CPPN. en función del Art. 469 párr. 3º CPPN. y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.- Juan E. Fégoli.- Pedro R. David.- Raúl Madueño.

1. "El vocablo exacción, equivale etimológica y jurídicamente a recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, vale decir aquello que solamente se puede adeudar o pagar al Estado, en cuyo nombre y en cuyo aparente beneficio actúa el agente" (C.N.C.C., Sala V, 25-V-1982, E.D., 106-180).

2. "Configura este delito, la recepción por parte del procesado —inspector de PAMI— de un cheque por elevada suma de dinero entregado por el propietario de un laboratorio de análisis clínicos que estaba bajo la inspección del encausado en cumplimiento de las exigencias de éste" (C.N.C.C., Sala II, 27-V-1982, E.D., 106-181).

3. "El obrar del prevenido (policía), que exigió a la víctima el pago de una suma de dinero en concepto de dádiva por una infracción de tránsito por la que no celebró acta alguna, configura el delito de exacciones ilegales" (C.N.C.C., Sala III, 11-VIII-1981, E.D., 106-181).

4. "El 'hacer pagar', implica inducir a la víctima a entregar la dádiva" (C.A., A.I. nro. 6, 13-II-1974, recop. de Adriana T. Mandelli, Advocatus).

*Nota del autor:* No estamos de acuerdo con este fallo. El hacer pagar, a nuestro entender, es lograr la efectivización de la prestación dineraria o en especies.

5. "La figura del artículo 266, Código Penal argentino (exacción) sólo requiere para su consumación, que el autor despliegue un comportamiento abusivo exigente" (C.A., A.I. nro. 32, 14-V-1986, recop. de Adriana T. Mandelli, Advocatus).

6. "La prestación que forma el objeto material del delito ha de exigirse en nombre e interés de la Administración Pública" (Juzg. Crim. Mendoza, 4-V-1945, L.L., 38-660).

7. “El empleado público que abusando de la situación que desempeñaba, utiliza una infracción comprobada como medio intimidatorio para obtener dádivas, incurre en exacciones ilegales” (S.C.J. Tucumán, 11-IX-1948, *L.L.*, 53-289).

8. “Incurre en el delito de *exacciones ilegales*, el empleado de correos, que indebidamente y en abuso de su cargo, cobró derechos mayores a los que correspondían, en diversas oportunidades, conducta que afecta el bien jurídico tutelado” (C.N.Fed.C.C., Sala II, 11-III-1988).

9. “El delito de *exacciones*, contempla una forma de *extorsión* agravada, donde el funcionario realiza una conducta abusiva a fin de obtener más de lo debido, desbordando los límites de su autoridad” (C.N.Fed.C.C., Sala I, 17-XII-1988).

10. “El delito de *exacciones ilegales*, exige un medio abusivo de autoridad, sea mediante exigencias o inducción, sufriendo el sujeto pasivo una coacción psicológica, que vicia su voluntad” (C.N.C.C., Sala II, 16-VI-1992).

11. “No es necesario para la configuración del delito de *exacciones ilegales*, que la contribución o dádiva se efectivice. El ilícito se consuma con la sola exigencia ilegítima” (J.C. nro. 1 Salta, 11-XI-1995).

### CONCUSION:

1. “Se distingue la concusión explícita, que se comete mediante la exigencia por parte del funcionario público, de una dádiva, de la implícita, cuyo modo de comisión es determinando a la víctima mediante persuasión o error, a pagar o entregar indebidamente, requiriéndose en ambas el concepto común de abuso del cargo” (C.N.C.C., Sala I, 1-VI-1982, *E.D.*, 106-180).

2. “La exigencia (expresa o implícita) de una dádiva, por un funcionario público, configura el delito de concusión que encuadra siempre en el artículo 266 del Código Penal argentino” (C.A., A.I. nro. 32, 14-V-1986).

3. “El ‘hacer pagar’ implica inducir a la víctima a entregar la dádiva (C.A., A.I. nro. 6, 13-II-1974).

4. “Si bien es cierto que al delito de exacciones ilegales sólo lo puede cometer el funcionario abusando de su cargo no es menos cierto que éste puede actuar personalmente o por persona interpuesta, en cuyo caso el tercero es un cómplice necesario” (C.A., A.I. nro. 172, 22-XI-1989, recop. de Adriana T. Mandelli, *Advocatus*).

5. “En la concusión explícita la víctima paga por temor al órgano y no al Estado. El uso de la fuerza física para arrebatar el dinero o valor configuraría robo, no una exacción, porque el pago, la entrega o cobro obedecería, entonces, al poder de la fuerza material y no al temor del ejercicio de la autoridad funcional” (C.A., A.I. nro. 83, 13-VIII-1975, recop. de Adriana T. Mandelli, *Advocatus*).

6. “No constituye el delito de exacciones ilegales calificadas el comportamiento de un empleado de teléfonos del Estado, que enviado a restablecer el servicio telefónico de un abonado de la empresa, condicionó la reparación a que le entregara dinero, que convirtió en su provecho. Esto es así, porque dicho empleado no es funcionario público, calidad que necesariamente debe revestir el sujeto activo del delito de exacciones ilegales” (C.A., A.I. nro. 108, 10-VIII-1988, recop. de Adriana T. Mandelli, *Advocatus*).

7. “El elemento psicológico del delito de exacciones ilegales (previsto en el art. 268, relacionado con el art. 266, Cód. Pen.) reside, en el caso, en el conocimiento por parte del sujeto activo, de no tener derecho a exigir o pedir la entrega de dinero y de que, por sus funciones, obraba sin disposición alguna de la entidad invocada que lo autorizara a encargarse de ciertos trámites” (C.Fed. La Plata, Sala I, *L.L.*, 128-137).

### FRAUDE A LA ADMINISTRACION PUBLICA:

1. “El artículo 174, inciso 5º del Código Penal es aplicable a todos aquellos supuestos en que los fondos sustraídos son propiedad de la Nación, ya sea que ésta actúe directamente o bien por medio de una entidad descentralizada” (C.Fed., La Plata, 29-XII-1964).

2. “El fraude a la Administración Pública se consuma en el momento en que se toma la disposición perjudicial. La posterior restitución de lo defraudado, no neutraliza el acto defraudatorio” (C.C.C. 3ra. Sgo. del Estero, 30-VI-1976).

3. “El *fraude a la Administración Pública*, como toda forma de *estafa*, importa un daño efectivo al patrimonio estatal, que se vió impedido aunque temporalmente de la disponibilidad de esos dineros. La ulterior reparación del perjuicio ocasionado no afecta la consumación delictiva, que es instantánea” (C.N.A.C.C., Sala II, 11-II-1986).

4. “Debe imponerse inhabilitación especial perpetua, como pena principal junto a la de prisión, al empleado público que fue condenado como autor del delito de *fraude* a la Administración

Pública, no pudiendo atenuarse dicha pena, desde que ella es imperativa y no divisible” (C.N.C.C., Sala II, 4-III-1985).

5. “El delito de *fraude a la Administración Pública*, no es un tipo penal autónomo. El agravamiento y calificación de este ilícito, exige que el autor lleve a cabo una estafa o una defraudación en perjuicio de una Administración Pública” (C.A. La Plata, 4-VIII-1989).

6. “Comete *fraude a la Administración Pública* en grado de tentativa y no *malversación de caudales públicos*, la cajera de la Dirección General de Rentas que intentó sustraer parte del dinero proveniente de la recaudación impositiva del día, ya que si bien la misma gozaba de confianza depositada en razón de su cargo, no tenía la disposición ni otro tipo de facultades sobre tales caudales” (J.C. nro. 1 Salta, 8-IX-1990).

## **VII. PRUEBA:**

### **OFRECIDA:**

Solicito a V.S. la recepción y producir copia certificada de la siguiente prueba que hace al derecho reclamado de la víctima y particular damnificada en esta:

1. Copia del Testimonio del Estatuto Social de la Asociación Mutual Sociedad Italiana de Socorros Mutuos de Campana. **(12 fs)**
2. Copia del Certificado de Inscripción ante el Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutual – INAM (actual INAES). **(01 fs)**
3. Copia del Decreto N° 1809 del Municipio del Partido de Campana. **(03 fs)**
4. Copia de Constancia de Inscripción en AFIP **(01 fs)**
5. Copia de la **Resolución DGI** (actual AFIP) del 02 de Enero de 1990 **declarándola Exenta del Impuesto a las Ganancias. (04 fs)**
6. Copia del **Certificado de Exoneración de Impuestos** emitido el 09 de Junio de 1949 por la Dirección Provincial de Rentas. **(02 fs)**
7. Copia de la Resolución de Reconocimiento de la Asociación Mutual emitido el 25/04/1947 por la Dirección de Mutualidades. **(02 fs)**
8. Copia del Form. DPCT 901 y DPCT 903 de la partida 014-003131-3 **(08 fs)**
9. Copia del Boletín Informativo de Sociedad Italiana – Memoria y Balance 2003. **(11 fs)**
10. Copia del Boletín Informativo de Sociedad Italiana – Memoria y Balance 2004. **(07 fs)**
11. Copia de Avisos de Deuda Pendiente de las partidas 014-003126-7 y 014-003131-3. **(03 fs)**
12. Copia de Controles de Pagos de la partida 014-003126-7 **(02 fs)**
13. Copia de Intimación de Rentas de Diciembre de 1999 de \$ 9.676,<sup>73</sup> por la partida 014-003126-7 y nota de respuesta de la Sociedad Italiana. **(02 fs)**
14. Copia de Intimación de Rentas de 31 de Octubre de 2002 de \$ 48.409,<sup>73</sup> por la partida 014-003131-3 y nota de respuesta de la Sociedad Italiana. **(05 fs)**
15. Copia de Informe de Deuda R-551 al 24/06/2003 de \$ 49.103,<sup>01</sup> por la partida 014-003126-7. **(03 fs)**

Son **66 (sesenta y seis)** fojas.

### **INFORMATIVA:**

Solicito a V.S. la producción de la siguiente prueba informativa que hace al derecho reclamado de la víctima y particular damnificada en esta:

1. Se libre oficio a la **Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires** a fin que informen:
  - a. Sobre la existencia de Expedientes en cualquier estado de tramitación en referencia a la Exención al Impuesto Inmobiliario de las partidas **014-003126-7** y **014-003131-3** pertenecientes a la **Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos** de Campana y solicitar su remisión inmediata a V.S.
  - b. Sobre la existencia de Expedientes en cualquier estado de tramitación en referencia al cobro del Impuesto Inmobiliario de las partidas **014-003126-7** y **014-003131-3** pertenecientes a la **Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos** de Campana y solicitar su remisión inmediata a V.S.
2. Se libre oficio a la **Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires** a fin que informen:
  - a. Si existe expediente en cualquier estado de trámite referente a denuncia formal presentada por funcionario o funcionarios de la Dirección Provincial de Rentas sobre irregularidades que tengan como origen la tramitación de exención del Impuesto Inmobiliario de las partidas **014-003126-7** y **014-003131-3**



pertenecientes a la **Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos** de Campana. Ordenando su remisión inmediata a V.S.

3. Se libre oficio al **Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires** a fin que informen:
  - a. Si existe expediente en cualquier estado de trámite referente a denuncia formal presentada por funcionario o funcionarios de la Dirección Provincial de Rentas sobre irregularidades que tengan como origen la tramitación de exención del Impuesto Inmobiliario de las partidas **014-003126-7** y **014-003131-3** pertenecientes a la **Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos** de Campana. Ordenando su remisión inmediata a V.S.
4. Se libre oficio al **Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES** sito en Av. Belgrano 1646 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin que informen:
  - a. Si existe oficio o cualquier pedido de informe técnico solicitado por la Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires sobre la **Asociación Sociedad Italiana de Socorros Mutuos** de Campana, **Matrícula BA 273** en referencia al Impuesto Inmobiliario. Ordenando su remisión inmediata a V.S.

### **VIII. DERECHO:**

Fundo el derecho que hace a la parte damnificada en los **Arts. 1077, 1078, 1079 y 1081 del Código Civil, Arts. 77 y 83 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Art. 29 de la Ley 20.321 de Mutualidades**, normativas y ccs.

### **IX. PETITORIO:**

- a) Por presentada la denuncia.
- b) Sea ejercida la acción penal pública.
- c) Ser constituido como **denunciante** según lo establecido en el **Art. 285 1º párrafo del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**.
- d) Se haga lugar a la producción de las pruebas ofrecidas.
- e) Se cite a los particulares damnificados para ratificar lo expuesto en la presente denuncia y sean constituidos como **particulares damnificados** y **victimias** según lo establecido en los **Arts. 77 y 83 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**.
- f) En el momento de dictar sentencia definitiva, se determine la responsabilidad penal de la totalidad de las personas involucradas en los hechos denunciados.
- g) En el momento de dictar sentencia definitiva, se determine los daños generados a los damnificados por la exacción ilegal y la concusión sufridas en su perjuicio y se remedie dicho daño de acuerdo a los **Arts. 1077, 1078, 1079 y 1081 del Código Civil.-**

Proveer de Conformidad que

**SERA JUSTICIA**