

# El delito de violación de fueros parlamentarios Especial referencia al bien jurídico “Administración Pública”

Víctor Hugo Benítez<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- Antecedentes; III.- El Bien Jurídico Protegido; IV.- El Tipo Objetivo; V.- El tipo subjetivo. Consumación y Tentativa; VI.- Bibliografía citada y consultada.

**RESUMEN:** En el marco del estado actual de la legislación en referencia a los delitos contra la Administración Pública se han evidenciado en la realidad global una inusitada persecución a figuras políticas de distintas latitudes bajo una modalidad novedosa de utilización espuria del derecho penal y las herramientas estatales para la persecución del delito. Estas estrategias han sido identificadas por numerosos autores como operaciones de Lawfare, cuyo único fin es lograr ventajas geo políticas o electorales a partir de la formulación de imputaciones criminales. Ante esto, todavía subsisten algunos tipos penales como el art. 242 del Código Penal que efectivizan la protección sobre las inmunidades constitucionales que resguardan los fueros parlamentarios como reaseguro del correcto funcionamiento de las instituciones democráticas. El presente ensayo pretende revalorizar estos aspectos desde una visión que parte del Bien Jurídico y que consustancialmente se relaciona con los Derechos Humanos.

**PALABRAS CLAVE:** Lawfare – fuero – legislador – bien jurídico – Administración Pública – Código Penal.

---

<sup>1</sup> Abogado, Docente e Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE)

## I.- Introducción

En el marco conceptual referido a las Prerrogativas de los Legisladores, nos encontramos en el digesto punitivo nacional con el Delito de Violación de Fueros previsto y penado en el Libro II, Título XI, Cap. I, art. 242 del Código Penal Argentino. El tipo penal está redactado de la siguiente forma:

Art. 242: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.”.

Los sistemas republicanos y democráticos de gobierno requieren de un correcto funcionamiento de sus instituciones para poder prestar a los ciudadanos los servicios públicos que la Constitución Nacional les garantiza. Por ello a fin de proteger el desempeño de las instituciones democráticas, sus miembros son alcanzados por inmunidades que resguardan a los funcionarios de la injerencia de terceros que pretenden imponer su voluntad y tornar la democracia en un sistema protector de los intereses de las minorías poderosas. Por ello es común en la doctrina afirmar que los fueros y las inmunidades no son *del* funcionario público sino del cuerpo o poder que representa. Un sistema democrático no podría funcionar correctamente a la hora de garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos si los funcionarios que ejecutan las políticas públicas podrían ser presionados o removidos con el simple hecho de arregarles una imputación penal.

En la etapa reciente retoma actualidad y vigencia este tipo penal a partir de la irrupción de lo que algunos dieron en llamar Lawfare. Lawfare significa el uso del Derecho como un arma de guerra. Denota el abuso de las leyes y de los sistemas judiciales occidentales para alcanzar fines estratégicos o políticos. El Lawfare es profundamente negativo. No es una práctica buena. Es lo opuesto a buscar justicia. Es usar procesos frívolos y abusar de procesos legales para intimidar y frustrar a los oponentes en el teatro político. Lawfare es el nuevo campo de batalla legal<sup>2</sup>.

Es dable observar hoy día como una constante el hecho que todo funcionario puede ser criticado y removido por medio de un mecanismo que combina denuncias infundadas en la justicia con claro fin efectista y electoralista, con medios de comunicación participes de la maniobra de Lawfare, que amplifican los

---

<sup>2</sup> Cf. “O que é Lawfare?” Disponible en <http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>

hechos denunciados para generar un discurso de sentido e instaurar una idea falsa sobre la corrupción estatal.

Por ello resulta importante destacar el trasfondo garantizador del tipo penal del art. 242 del CP que viene a sancionar conductas que directamente coartan al funcionario en su libertad e indirectamente afectan el funcionamiento de las instituciones democráticas.

## **II.- Antecedentes**

El tipo penal del art. 242 del CP, tiene su antecedente en el art. 37 de la Ley 49, y fue incluido ya en el proyecto de Código Penal de 1891. En la exposición de motivos de dicho proyecto se afirmaba que “... en el artículo 286 (actual 242 del CP) hemos generalizado la disposición del artículo 37 de la ley de 1863 sobre arresto o enjuiciamiento ilegal de un senador o diputado al Congreso, extendiendo la protección de la ley a todos los miembros de los poderes públicos, de una convención constituyente o de un colegio electoral por que la violación de las formas prescritas para el arresto o formación de causa de cualquiera de esos funcionarios es un atentado capaz de perturbar la administración pública.”<sup>3</sup>

La Constitución Nacional de 1853 ya regulaba acerca del Juicio Político y señalaba en su art. 41 que la “Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente y vice presidente de la Confederación y a sus ministros, a los miembros de ambas Cámaras a los ministros de la Corte Suprema a los gobernadores de provincia, por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos violación a la Constitución u otro que merezcan pena infamante o de muerte”, estableciendo un sistema de mayoría calificada para la aceptación de formación de causa. Así el art. 47 y 48 establecía las funciones del Senado como órgano juzgador. Nótese que esta redacción solo exigía ante juicio para los miembros de la Corte y no los demás jueces, y para los gobernadores. La Constitución Nacional de 1853 contenía la regulación concerniente a las inmunidades de arresto de la que gozan los legisladores en su art. 57, 58 y 59. En estos textos y referido exclusivamente a legisladores se incluyen la inmunidad de expresión, señala los delitos de opinión (Injuria art. 110 y Calumnias art. 109 del CP) y la apología del crimen.

---

<sup>3</sup> DONNA, Edgardo A., Derecho Penal Parte Especial, Tº III, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 109/110.

La inmunidad de arresto es instaurada con una excepción que refiere a que el legislador debe ser sorprendido *in fraganti* (en el momento de la comisión del hecho) cometiendo las conductas referidas por dicho artículo.

La Constitución de 1860 introdujo modificaciones importantes al sistema ya que eliminó la nómina o lista casuística de sujetos sometidos a dicha inmunidad, eliminando a los gobernadores y legisladores. Éstos, los gobernadores, quedaban sujetos al mecanismo indicado por las constituciones provinciales. Se incluyó con la Corte a los demás jueces inferiores y se amplía la posibilidad de iniciar Juicio Político por todo tipo de delitos incluido el mal desempeño. El sistema adoptado se diferenciaba en dos vertientes bien marcadas; uno referente a los funcionarios pasibles de juicio político de los cuales no se los puede detener ni formar causa penales contra ellos hasta su destitución ante el Senado; y los legisladores están sujetos a las disposiciones que ya contenía la Constitución de 1853 y que continuaron en vigencia.

Operada la reforma constitucional de 1994 los artículos que gravitan sobre el tema son los artículos 53, 59, 60, 69, 70, 86, 114 y 115. En referencia a los funcionarios sujetos a Juicio Político la reforma refiere al presidente, vice presidente, el jefe de gabinete de ministros, los ministros y los miembros de la Corte Suprema. Es decir ninguno de estos funcionarios puede ser arrestado ni puede iniciarse o emprenderse causa criminal contra ellos sin antes contar con la sentencia del Senado obtenida en un juicio político.

En referencia a los Jueces, la Constitución de 1994, salvo los miembros de la Corte Suprema, cuando se les impute un delito, de cualquier índole incluso el de mal desempeño, pueden ser suspendidos por el Consejo de la Magistratura y acusados por éste. Y a su vez serán juzgados conformes el procedimiento del Jurado de Enjuiciamiento (Arts. 114 y 115). Los legisladores continúan bajo la órbita de juzgamiento de sus pares en la forma descripta con anterioridad.

También se incluyen en esta reforma nuevos sujetos que gozan de las inmunidades de arresto y formación de causa, estos son los Fiscales o miembros del Ministerio Público, órgano autónomo y extra poder conforme la regulación del art. 120 de la CN; La Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo (art. 85 y 86 de la CN).

Actualmente la ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (25.188) autoriza a que a cualquier legislador o funcionario público pueda ser investigado y juzgado sin que esto obstaculice su función. En virtud de ello, actualmente solo

permanece vigente la prerrogativa referida a la prohibición de arresto y no la de formación de causa. Empero para que la justicia ordinaria pueda proceder a aplicar una sanción los fueros parlamentarios del legislador o las inmunidades del funcionario deben ser removidas por los procedimientos establecidos por la Constitución.

Debo destacar que poseen gran incidencia en esta temática los Tratados Internacionales incorporados a la CN en su artículo 75 inc. 22 que conforman el sistema internacional de Derechos Humanos. Cabe destacar como antecedente el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDP) el cual reza “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

También lo refiere el art. 23 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuya redacción es similar. De estos instrumentos se desprende que constituye un derecho humano el participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegido y tener acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Debe analizarse esta norma como el derecho humano que goza el sujeto a formar parte de los mecanismos institucionales que garanticen el funcionamiento del Estado democrático de Derecho sin injerencias o restricciones arbitrarias o indebidas. Es decir que la inmunidad de arresto posee un trasfondo que se asienta en el derecho humano a participar de las instituciones democráticas a las cuales se accede por voto popular o por designación de autoridad competente. El ser humano tiene el derecho inalienable a participar de la dirección política del Estado, a formar parte los poderes públicos libremente y sin injerencias arbitrarias; siendo garantizado esto por los tratados y por el art. 242 del Código Penal.

### **III.- El Bien Jurídico Protegido**

La doctrina dominante afirma que en el presente delito lesiona la *administración pública*, ya que la acción del sujeto está dirigida a atentar contra las seguridades personales necesarias para el normal desempeño del poder público que tanto

individual o colectivamente representan esas personas<sup>4</sup>. Es así que el delito se encuentra ubicado en el título XI del Código Penal Argentino denominado Delitos contra la Administración Pública, ubicación sistemática que no ha estado exenta de críticas dado que por el contorno de la figura sería más conveniente que forme parte del título X, Delitos contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional dado que el tipo reprime una conducta enderezada a interrumpir u obstaculizar el funcionamiento de un poder del Estado garantizado por la Constitución Nacional y los Tratados de DDHH.

En la doctrina el Bien Jurídico penal es un tema de constante debate en el que se enfrentan teorías que pretenden aportar un contenido material al concepto para que éste funcione como un límite claro a la discrecionalidad del legislador a la hora de seleccionar determinados intereses o valores sociales y transformarlos en bienes jurídicos penales. Por otro lado existen posturas que pretenden negar al bien jurídico el rol de objeto de protección del Derecho penal, entendiendo que lo que el Derecho penal protege es la vigencia de la norma como expectativa de un rol o actuación en un marco determinado de adecuación social.

El desarrollo doctrinal sobre el concepto de Bien Jurídico proviene del pensamiento alemán del siglo XIX. El concepto de “bien” fue introducido en la discusión jurídico-penal por Birnbaum en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición “natural” de delito, independiente del Derecho positivo. Birnbaum evaluaba críticamente la concepción proto ilustrada del delito como ‘violación de un derecho subjetivo’, advirtiendo como la concepción mencionada había sido incapaz de explicar por sí misma la punición de hechos lesivos de bienes con un rango particular ya que no podían encuadrarse en el paradigma del derecho subjetivo.

Franz von LISZT se expresó de la siguiente manera: “Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> NUÑEZ, Ricardo, Tratado de Derecho Penal. Tº VII, Ed. Marcos Lerner, 1992, pág. 31.

<sup>5</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asua, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, t. II, 4ª ed., Reus, Madrid, 1999, pág. 6.

En la doctrina alemana actualmente se debaten distintas posturas en torno al contenido, fundamento y función del Bien Jurídico. Las posturas podrían dividirse como posturas *formales* o *materiales* dependiendo el contenido que se le asigne al concepto de Bien Jurídico. Las primeras podrían resumirse en aquellas que asignan al Bien Jurídico un contenido o sustrato de exclusivo fundamento legal, entendidas estas como la tesis dominante que ve como única fuente de criminalización la voluntad de decisión del legislador al criminalizar una conducta. La tesis positivista dominante ha ido flexibilizando sus posturas y arribando a posturas *dualistas* que distinguen entre bienes jurídicos individuales y Colectivos.

Dentro de las posturas materiales, una variante de éstas acepta la dualidad en la clasificación de los bienes jurídicos pero pretende erigir un límite al legislador desde una visión constitucional a las que podemos denominar *teoría o paradigma constitucional*, es decir que parten de los postulados que surgen de la Constitución política de cada estado. Existen también aquellas posturas que ven insuficiente este contenido y se decantan por una *teoría o paradigma sociológico* señalando como componente del Bien Jurídico en el concepto de *dañosidad social*, proporcionándole al Derecho Penal un sustrato material que no se agota en los postulados que surgen de la decisión legislativa, sino que también se sirven de aspectos sociales.

Más modernamente, y no poco criticadas, se han erigido voces que rechazan los paradigmas precitados, ensayando una doctrina *personalista del bien jurídico*. Por último dentro de las posturas formalistas debemos señalar a los partidarios de la negación del concepto de bien jurídico en la doctrina alemana, cuyos aportes a la teoría son mínimas dado que niegan su valor o importancia, sustituyendo la función del Derecho Penal por la reafirmación de la validez de la norma. Estas teorías se denominan *funcional - sistémicas*. La mayoría de los autores expuestos no pueden ser vinculados de manera absoluta a una u otra postura, siendo en la mayoría de los casos visiones eclécticas del problema que se nutren de una u otra teoría. Empero a los efectos de una mejor comprensión del estado actual del conocimiento los he clasificado en los distintos paradigmas antes nombrados.

Para una mejor comprensión del lector y del tema de investigación que seleccioné se exponen a continuación una serie de obras y autores que proporcionan una clara idea de cuál es la discusión actual, o estado del arte, sobre el bien jurídico

ROXIN, catedrático emérito de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Múnich, ha afirmado sobre la relación entre el Bien Jurídico y la

función o misión del Derecho Penal que “La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad.”<sup>6</sup> Bajo este paradigma ROXIN se pregunta si la sanción de un precepto penal que no se asiente en la protección de Bienes Jurídicos es realmente vinculante para el legislador, contrariando opiniones de peso doctrinal que afirman que ningún concepto de Bien Jurídico, por más preciso que este sea, puede someter la voluntad del legislador y ser vinculante para éste. Es lógico, dice ROXIN, que el legislador no puede ser constreñido por la opinión catedrática de un número de prestigiosos autores. Por ello ensaya una postura que supera la visión positivista dominante que entiende que los bienes jurídicos penalmente protegidos son una creación del legislador, por una visión Constitucional del problema, con arraigo a los presupuestos y directrices de la Carta Magna.

Así lo afirma el profesor de Múnich al sentenciar que la teoría del Bien Jurídico no es incompatible con la idea de brindar al legislador un límite a su discrecionalidad a la hora de seleccionar bienes jurídicos merecedores de protección penal. Sobre esto ROXIN ha dicho que “Con ello se identifica el punto decisivo, pues es obvio que al legislador no se le pueden poner límites por medio de la opinión de determinados profesores, sino solo por la Constitución.”<sup>7</sup> Aquí tiene su punto de partida la tesis de ROXIN sobre el Bien Jurídico, entendiendo éste que los preceptos constitucionales sí tienen la virtualidad de configurarse en un límite cierto y preciso a la discrecionalidad del legislado a la hora de seleccionar Bienes Jurídicos como merecedores de protección penal. Con esto también ROXIN incorpora el *principio de proporcionalidad* como complemento del concepto de Bien Jurídico afirmando que dichos aspectos del problema no se excluyen, sino, que se complementan. Así lo afirma el autor al referir que “... ni siquiera es posible una concepción diferente, pues, como es sabido, no existe una proporcionalidad en sí misma, sino que necesariamente ha de ponerse en relación la intervención estatal con los objetivos con ella perseguidos, para lo cual las características y la dimensión

<sup>6</sup> ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tº 1, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Trad. Diego Luzón Peña, Ed. Civitas, Madrid, 1997, (n. 12), § 2 n.m. 7.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Ob. Cit., pág. 01:22.

de la protección de bienes jurídicos juegan un papel importante”. Para concluir afirmando que “es mayoritaria la tesis de la necesidad y posibilidad de vincular la teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación a la Constitución”.<sup>8</sup>

Es claro que en la visión de ROXIN una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación está “en gran medida de acuerdo en el objetivo de que... no resulta deseable establecer una concepción ajena a la Constitución en paralelo a esta, o injertarla en ella, sino que se trata de concretar las afirmaciones de la propia Constitución en el ámbito jurídico-penal, sirviéndose para la implementación de la concepción del bien jurídico.”<sup>9</sup> Con esto ROXIN quiere significar que es posible desde la teoría del Bien jurídico imponer un límite claro, tanto en la materialidad del concepto mismo como en la discrecionalidad legislativa, teniendo como horizonte la propia Constitución.

Así encontramos en este autor una consustancialidad entre el concepto de Bien Jurídico que denomina *crítico hacia la legislación* y los postulados constitucionales que protegen los bienes fundamentales del ser humano. En definitiva, podemos ubicar el pensamiento de ROXIN dentro de las denominadas teorías o paradigmas *constitucionales* sobre el Bien Jurídico. Para ROXIN un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, solo se puede derivar de los cometidos plasmados en la ley fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, es decir en los postulados Constitucionales que también incorporan los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos (En el caso Argentino en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Por ello para ROXIN los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. ROXIN piensa entonces que el bien jurídico es de tipo normativo, pero no estático o puramente legal y dependiente de la discrecionalidad del legislador, sino, que se asienta consustancialmente dentro del marco de las finalidades constitucionales, incluyendo el principio de proporcionalidad, y que, como concepto dinámico, pero siempre ligado en una relación de dependencia a los postulados constitucionales organizativos de una sociedad configurará un Derecho Penal liberal y democrático.

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, Ob. Cit., pág. 01:23.

<sup>9</sup> Cfr. Cita supra 5.

Hans - Heinrich JESCHECK, quien fuera catedrático de la Universidad de Friburgo, puede ser identificado como perteneciente al *paradigma sociológico* en lo que respecta al Bien Jurídico Para JESCHECK los juicios de valor existentes en las normas penales se relacionan, no solo con los bienes jurídicos susceptibles de reconocimiento positivo, sino también con la cualidad de las acciones humanas que aquellas desaprueban de forma reprochable<sup>10</sup>. Este autor posee una concepción sobre el contenido del concepto del Bien Jurídico, el cual se compondría a su parecer por los intereses vitales de la comunidad a los que el derecho les confiere su protección. Son prohibidas con una pena a través de normas positivas determinadas acciones humanas, susceptibles de perjudicar de una forma singularmente grave los intereses vitales de la colectividad<sup>11</sup>.

En la concepción de JESCHECK el Bien Jurídico consiste en un *bien vital normativamente tutelado*, al cual la comunidad pretende velar en vistas de un determinado interés que recae sobre los particulares o sobre la sociedad como portadores del mismo. El autor se enrola en una teoría dualista de los Bienes Jurídico entendiendo de gran importancia el sistema de clasificación entre Bienes Jurídicos individuales y colectivos. Esta visión dual del concepto de Bien Jurídico es de suma trascendencia en JESCHECK dado que estima de "... gran importancia para el problema de la admisibilidad de la Legítima Defensa, en orden a la decisión de su el particular atacado puede, en cuanto portador Jurídico, dar su válido consentimiento a la lesión del objeto tutelado. También la determinación del lesionado en el orden procesal - afirma JESCHECK - depende de quién sea el titular del bien jurídico protegido"<sup>12</sup>. Es indudable que en el ideario del autor existe una clara diferenciación entre Bien Jurídico y *ratio legis*, teniendo claro que es de gran conveniencia para configurar un correcto entendimiento de la función del Bien Jurídico la renuncia a la identificación de estos conceptos.

En conclusión, en el pensamiento de JESCHECK se evidencian las claras concepciones jurídicas de la *dañosidad social* como fundamento del concepto de Bien Jurídico sin renunciar a una postura que supedita esta dañosidad a la labor del legislador de seleccionar los bienes vitales y trascendentes para una sociedad como merecedores de protección jurídico - penal. Partidario de una tesis dualista reconoce también cierto ámbito de oscuridad y ambigüedad del concepto de Bien Jurídico, y la dificultad de lograr una precisa formula del mismo despegada de la

<sup>10</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. Edición, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 5 y siguientes.

<sup>11</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, Ob. Cit., pág. 193 y siguientes.

<sup>12</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, Ob. Cit., pág. 194 y siguientes.

mera designación de ideales acepciones de los bienes vitales para una determinada sociedad jurídicamente protegidos, y la abstracción del concepto de interés.

Winfried HASSMER, catedrático de la Universidad de Frankfurt am Main, esboza una construcción del Bien Jurídico de carácter *personal*. La visión del profesor de Frankfurt es fundamental para el desarrollo de la investigación que pretendo encarar, dado que su postura sobre el problema del Bien Jurídico centra la visión en la persona y sus derechos fundamentales. Evoluciona a partir de sus estudios una estructura lógica que pone su núcleo en una concepción *antropocéntrica* del bien jurídico y de todo el sistema penal. En una concepción *unitaria* o *monista* del Bien Jurídico, el autor entiende que estos corresponden a un elemento central en la determinación del merecimiento de pena, es decir, una prohibición o mandato penal se justifica únicamente cuando protege un interés calificable como bien jurídico penal<sup>13</sup>. Bajo esta premisa la construcción de una correcta teoría del Bien Jurídico debe partir de abajo hacia arriba, esto es de la persona y sus derechos inherentes hacia su desarrollo en la realidad social. Critica la tesis del contenido social del Bien Jurídico afirmando que dicha postura no permite delimitar con claridad cuáles son los contornos del bien merecedor de protección jurídico-penal ni el proceso por el cual el legislador los selecciona. Más allá que el autor no rechaza absolutamente la idea de una función social de Bien Jurídico critica que el análisis del mismo parta de allí para arribar a un concepto del instituto, y critica firmemente la tendencia del legislador de proteger intereses o valores de importancia social en detrimento de los derechos de la persona.

Conforme a este paradigma, el autor afirma que es incorrecto partir de las condiciones de subsistencia del sistema social (aunque sean corregidas o desagregadas mediante referencia a la persona), sino que lo adecuado es que el análisis comience por verificar las condiciones en las cuales es posible la autorrealización humana; la cual, por tener lugar en convivencia con otros y requerir de presupuestos instrumentales mínimos, permite que sea posible la protección de bienes universales, pero siempre que la lesión de los mismos suponga a la vez la afectación del individuo<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1989, pág. 105.

<sup>14</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2001, pág. 90 y siguientes.

Variantes de esta postura pueden encontrarse en autores como Gonzalo FERNANDEZ<sup>15</sup> quien siguiendo a HASSMER participa de la idea de conformar una teoría de fundamentación dogmática sobre el Bien Jurídico que no centre su visión en los valores o intereses sociales, los cuales en la práctica han demostrado que concluyen sobrepasando y fagocitando derechos personales básicos en pos de la preservación de supuestos intereses superiores.

En nuestra región es ineludible analizar la tesis que propugna Raúl ZAFFARONI<sup>16</sup>, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, quien se enrola también dentro de la *teoría personal unitaria* del Bien Jurídico, pero en contraste con la opinión de HASSEMER, nos brinda un concepto más específico o de mayor precisión que los autores precitados. Para él, los bienes jurídicos corresponden a *entes* cuya existencia es anterior y al margen del conocimiento o valoración del sujeto, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico tiene interés en que sean preservados. Éstos entes, a su vez, corresponden a relaciones que un individuo tiene con un objeto, de forma tal que puede distinguirse entre afectación del objeto mismo o afectación de la relación, lesionándose en ambos casos la disponibilidad sobre el objeto; es decir, el ámbito jurídico de libertad del individuo<sup>17</sup>. Lo que destaca la propuesta de ZAFFARONI es que a pesar de que su tesis se asienta en la idea de una relación entre el sujeto y el objeto, esa relación es de carácter personal y no social. Así, el bien jurídico es un bien preexistente, que en los supuestos en los que el legislador considera necesaria una consecuencia jurídica especial para su afectación se constituye como bien jurídico penalmente tutelado.<sup>18</sup>

Esta tesis es de vital importancia para colegir que el legislador también se encuentra limitado por una estructura superior a la hora de seleccionar una relación personal como bien jurídico merecedor de protección penal. Así ZAFFARONI afirma que valoración realizada por el ordenamiento se manifiesta en una norma que prohíbe acciones que afectan al *ente* mediante su lesión o puesta en peligro. Dicha norma prohibitiva, al igual que el bien jurídico mismo, se antepone

---

<sup>15</sup> FERNANDEZ, Gonzalo, *Bien Jurídico y Sistema del Delito, un ensayo de fundamentación dogmática*, Ed. B de F, Montevideo, 2004.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tº III*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1981, página. 249.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Raúl, *Ob. Cit.*, pág. 220 y 239.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Raúl, *Ob. Cit.*, pág. 220.

lógicamente a la ley penal, de forma tal que el bien jurídico caracteriza a la *tipicidad*, pero sin ser parte del tipo<sup>19</sup>.

Resulta fundamental, al describir el desarrollo actual del concepto de Bien Jurídico protegido, que se incluyan las tesis que niegan la utilidad y función del instituto. Estas teorías que podríamos clasificarlas como *funcionales - sistémicas* han tenido en los últimos años un gran avance en la doctrina alemana como latinoamericana. Describir su evolución y los variopintos que se incluyen en esta tesis excedería el marco del presente apartado por lo me centraré el que para mí es el principal exponente de esta visión negadora sobre el Bien Jurídico.

El principal exponente de esta visión es Günter JAKOBS, profesor emérito de la Universidad de Bonn. En su obra *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*<sup>20</sup> el autor propugna una postura negadora de las funciones que históricamente se le han asignado al Bien Jurídico.

Para JAKOBS la función primordial del Derecho Penal es la de *garantizar la identidad normativa de la sociedad* al declarar que la conducta ilícita no conforma la afectación a bienes jurídicos esenciales, sino que el bien a proteger será la reafirmación de las expectativas de la sociedad.<sup>21</sup>

De esta forma, en contra de una visión del delito como atentado primordialmente a individuos y sus bienes personales, JAKOBS entiende la sociedad como una institución normativa y por ello la define como una construcción de un contexto de comunicación cuya identidad se determina por medio de reglas de configuración, es decir, por medio de normas, las cuales son entendidas como expectativas normativas eventualmente contrafácticas<sup>22</sup>. La persona, por su parte, corresponde a una entidad determinada también por normas cuyo comportamiento no es trascendente en tanto conducta que ocasiona o no algo, sino como un comportamiento que contiene significado; desde un punto de vista jurídico-penal se trata del significado bajo la perspectiva de la vigencia de la norma.

---

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Raúl, Ob. Cit., pág. 220.

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad.: CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZALEZ DE MOURILLO, José Luis, Madrid, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günter, Ob. Cit., pág. 13 y 45.

<sup>22</sup> JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid Ed. Civitas, 2003, pág. 20.

JAKOBS introduce así en la discusión dogmática un abandono a la teoría del Bien Jurídico para sustituirla por el mantenimiento de la vigencia de la norma como cometido primordial del ordenamiento jurídico-penal. Es su tesis de invaluable aporte para mí por constituye uno de los ataques más contundentes a la opinión dominante en referencia a la función del Derecho Penal como también a la función del instituto del Bien Jurídico.

En conclusión es necesario elaborar un concepto de Bien Jurídico que supere las inconsistencias y abstracciones que hasta hoy evidencia dicho instituto. En definitiva, al momento de brindar protección penal a un valor o interés merecedor de pena, la mirada debe centrarse en los Derechos Humanos como conjunto de derechos supra Constitucionales y pre legales, y no en la mirada que hasta hoy propugnó la tesis dominante en la materia. Para que se entienda gráficamente, es necesario brindar al legislador una herramienta dogmática útil para la creación de tipos penales que a la vez constituya un límite claro y preciso a la intervención penal estatal, abandonando la licencia concedida por las teorías positivistas que entienden como discrecional la facultad del legislador de seleccionar bienes jurídicos, y para esto pretendo proponer un cambio de *punto de vista* en la selección de esos intereses o valores merecedores de pena.

### **3. 1.- El Bien Jurídico Administración Pública**

Luego de desarrollar el estado actual en torno a la cuestión del Bien Jurídico resta ahora tratar de definir los contornos de este bien jurídico que conforma una multiplicidad de tipos penales y que contiene el delito que corresponde al estudio del presente ensayo.

La concepción clásica de la Administración Pública proviene de las influencias napoleónicas que a fuerza de ejércitos o códigos definió la organización burocrática estatal que se desarrolla hasta nuestros días. El Derecho Administrativo, de profunda relación con el bien jurídico Administración Pública, es hijo de la influencia de Napoleón y su visión estructural de la cosa pública. Como lo refiere Molinario (1992) “Pero ese enfoque (delitos *de* los funcionarios; y delitos *contra* los funcionarios) se debe a que Napoleón armó la administración, pero no su concepto<sup>23</sup> lo que dificultó la univocidad en el contenido de este bien jurídico. Sabido es que a diferencia del Derecho Administrativo la Administración Pública es entendida en el Derecho Penal en un sentido amplio, comprensiva de todos los poderes del Estado a saber Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Órganos extra poder y

---

<sup>23</sup> MOLINARIO, Alfredo, Los Delitos, Tº III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, pág. 293.

entes autárquicos y no como se entiende en la doctrina administrativista que asimila la Administración a la órbita de los Poderes Ejecutivos nacionales, provinciales o municipales. De esos primeros tiempos, continua Molinario (1992), proviene la idea de que “administración” es la tarea propia del Poder Ejecutivo, o, como después se sostuvo, es lo que queda si separamos las funciones legislativas y judiciales. Por ello esta distinción fue puesta en crisis por la doctrina y no se ha trasladado al Derecho Penal, dado que los otros poderes del Estado también cumplen funciones decisorias, legislativas y administrativas. Por ejemplo el poder Ejecutivo al resolver cuestiones administrativas ventiladas en los órganos predispuestos de alguna manera juzga, como así también el Poder Judicial emite normas de funcionamiento en forma de Acordadas, etc.

De todas formas como guía interpretativa podemos abordar el estudio de este Bien Jurídico adoptando un concepto de Administración Pública que proviene de Marienhoff, quien afirma que la Administración Pública *es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiene a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.*<sup>24</sup>

La elección de este concepto de entre la variedad que nos ofrece la doctrina nos es casual, el concepto de Marienhoff (1992) se acerca bastante a la concepción que en mi opinión debe tender a darle la doctrina penal sobre el tema.

Así en la doctrina nacional el Bien Jurídico Administración Pública fue de a poco abandonado los conceptos teñidos de moral y que rondaban en el prestigio o decoro en la función pública. Estos conceptos que se han incluido en la doctrina nacional al caracterizar el Bien Jurídico Administración Pública transforman a dicho bien jurídico en un ente *en sí* distinto de los administrados. Autores de renombre han incluido en la conceptualización del Bien Jurídico exigencias en la función pública que nos hacen pensar en la Administración como un ente distinto a las personas o administrados, y a ese ente creado por el derecho se le asignan equivocadamente valores morales como el decoro y el prestigio.

Donna (2003) citando a Molinario - Aguirre Obarrio (1992) afirma que el bien jurídico es “el normal y continuo funcionamiento de los órganos que explicitan las funciones del Estado: la actuación legal y no perturbada de las personas que en ella actúan y el decoro de aquellas y de estas. Bien dice Aguirre Obarrio que también puede utilizarse la palabra prestigio, que era la empleada por Molinario, y que a

---

<sup>24</sup> MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tº 1, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, Pág. 41.

nuestro entender es la que la doctrina italiana ha manejado.”<sup>25</sup>. En mayor o menor extensión la doctrina clásica ha elaborado conceptos del bien jurídico Administración Pública en similar sentido al citado.

Entiendo que no es correcto afirmar que el funcionario público, protagonista de estos delitos, deba comportarse con decoro dado que ese valor moral debe estar presente en todo empleado o funcionario, público o privado, siendo un valor exigible a cualquier persona de bien. Es decir, es una exigencia que no aporta nada al concepto ya que es exigible a cualquier persona que entable una relación inter personal, laboral o no. Que el funcionario esté al frente de la administración implica que se comporte con decoro pero no por ser funcionario solamente, sino, porque es una exigencia básica de la convivencia social y un principio ineludible para lograr una labor correcta y eficiente. De otro modo podría pensarse que el decoro es una exigencia solo dirigida a los funcionarios y por ser funcionarios, circunstancia que no me parece correcta.

Entiendo que este razonamiento produce una sobre valoración del Estado que en tiempos no muy lejanos elevó a éste por encima de las personas pudiendo llevarnos a peligrosas concepciones estatales totalitarias. Por otro lado el prestigio de la Administración es un concepto vidrioso que permite una amplia gama de arbitrariedades o exigencias que pueden incluirse en dicho concepto.

Sin embargo en la doctrina nacional se alzan voces que enfocan la conceptualización de este bien jurídico desde una perspectiva distinta, partiendo de una visión enfocada en la *correcta prestación de los servicios públicos*. Este cambio de mirada me parece un avance hacia la concreción definitiva de un Derecho Penal protector de los Derechos Humanos que termine por abandonar las construcciones teóricas clásicas que transformaban al Estado en un ente que se erige por sobre los ciudadanos y al cual se le debe respeto, decoro y obediencia.

La prestación de servicios públicos es la función de la Administración Pública, y el Estado es la forma en que se organizan estos servicios públicos o esenciales. Esto importa ver a la Administración como un medio y no un fin a la hora de sancionar conductas punibles y propender al destinatario de toda organización burocrática estatal que es en definitiva la persona humana. Este cambio de concepción nos acerca a una cosmovisión del Derecho Penal de neto corte antropocéntrico, enfocado en la preservación de los Derechos Humanos y que garantiza la consecución de los proyectos vitales de los ciudadanos.

---

<sup>25</sup> DONNA, Edgardo, Ob. Cit. T° III, pág. 16/17.

Los servicios públicos, entendidos estos como la Salud, Educación, Seguridad, Acceso a la Justicia, etc., no son más que Derechos Humanos que deben ser operativizados por el Estado como cumplimiento de sus fines. Estos están perfectamente identificados en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos que conforman el bloque supra constitucional reglado por el art. 75 inc 22 de nuestra Carta Magna.

Cuando el funcionario público desvía fondos estatales asignados por ley para otro fin no afecta el decoro ni el prestigio de la Administración Pública sino que menoscaba u obstaculiza la prestación de un servicio público que está garantizado como un Derecho Humano por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos. Un funcionario corrupto no tiene decoro, eso es cierto, pero eso nada nos dice en referencia a la función para la cual fue designado o electo dicho funcionario. El deber probidad y eficiencia del funcionario no es con la administración, sino con los ciudadanos que tienen garantizado por la Constitución y la Ley el goce de un Derecho Humano básico para permitir el desarrollo de su plan vital. Si los fondos que desvió el funcionario de nuestro ejemplo estaban destinados a la construcción de un Hospital y decide redirigirlos dolosamente hacia el pago de publicidad proselitista, lo que está afectando es la prestación de un servicio público de Salud que es la materialización del Derecho Humano a la Salud, consagrado por la Constitución y los Tratados y no el prestigio o el decoro de la Administración. El decoro y el prestigio del funcionario o la administración son cuestiones marginales y poco relevantes.

En la doctrina nacional es Creus (1981) quien más se acerca a esta concepción del Bien Jurídico Administración Pública. La protección penal del título - nos enseña Creus - se extiende tanto a las funciones administrativas propiamente dichas, cuanto a las otras funciones del Estado (legislativa y judicial); por lo tanto, el concepto penal de *Administración pública* es aquí algo muy lato: es el gobierno del Estado integrado con todos los poderes que lo componen, con los servicios que son inherentes a esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas, pero en cumplimiento de finalidades públicas. Puede decirse, pues, que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la *función pública en sentido propio*; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente los administrados y sobre éstos,

como del *servicio público* que se desenvuelve dentro de la Administración<sup>26</sup>. El concepto de *servicio público* aparece en la doctrina nacional por obra del autor, lo que entiendo es una visión acertada sobre la verdadera función de la administración y sobre todo una visión acertada sobre el contenido del bien jurídico penal.

Incluso en la doctrina comparada esta visión tiene una interesante recepción pudiendo citarse a autores como Orts Berenguer (1999) quien afirma que “Por el contrario, al margen de lo incorrecto e inconveniente que resulta cifrar a la Administración pública el objeto de la tutela (vid. VALEIJE ÁLVAREZ), el examen de las diferentes infracciones permite afirmar como bien jurídico protegido categorial a los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad. En efecto, la única justificación y razón de ser de la Administración y de sus empleados es prestar unos servicios al conjunto de los ciudadanos, que con sus impuestos y el patrimonio común los mantienen...<sup>27</sup>. Entiendo correcta la afirmación de los autores españoles que optan por una concepción del bien jurídico de neto corte humanista que pone el acento en la prestación de los servicios públicos como garantía del goce de los Derechos Humanos constitucionalmente protegidos.

También se alzan en el campo científico del derecho penal, no pocas voces que niegan que la Administración Pública pueda erigirse en un Bien Jurídico Penal. Así Goscilo (1981) afirma que la administración pública no es un bien jurídico como tal, sino que su concepto gira alrededor de intereses sociales e individuales que tienen relación con la función pública<sup>28</sup>. “La Administración Pública - agrega Orts Berenguer (1999) -, no es un bien en sí misma y si interesa protegerla en su prestigio, integridad y buen funcionamiento no es por ella, sino en beneficio de la comunidad a cuya servicio se encuentra...”<sup>29</sup>.

En conclusión podemos afirmar que el Bien Jurídico penal Administración Pública debe analizarse desde una visión humanista o antropocéntrica, donde el Estado es un mero instrumento de la satisfacción de los servicios públicos, y estos

<sup>26</sup> CREUS, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tº 2, 6ta. edición, Ed. Astrea, 1998, pág. 215.

<sup>27</sup> VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELLI MATEU, J. C.; GONZALEZ COUSSAC, J. L.; *Derecho Penal Parte Especial*, 3º Edición revisada y actualizada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 736.

<sup>28</sup> GOSCILO, Antonieta, *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*, en Lecciones y ensayos, segunda época, N° 1, diciembre de 1981, pág. 35/37.

<sup>29</sup> VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELLI MATEU, J. C.; GONZALEZ COUSSAC, J. L.; *Íbidem*.

constituyen la manifestación de un Derecho Humanos constitucionalmente amparado que debe ser garantizado en su goce por la administración y por los funcionarios públicos. Por ello el Bien jurídico penal protegido en este título es la correcta, legal y normal prestación de los servicios públicos (Salud, Seguridad, Educación, Justicia, etc.) como correlato de los derechos humanos constitucionalmente amparados en favor de los administrados.

### **3.2.- El Bien jurídico protegido en el delito del art. 242 del CP.**

Resta ahora identificar el bien jurídico protegido por el delito del art. 242 del CP, teniendo como referencia conceptual los lineamientos expresados en el apartado relativo el bien jurídico Administración Pública. Se afirma en la doctrina penal nacional que las constituciones y las leyes consagran ciertas exenciones con relación a determinados funcionarios para ponerlos a cubierto de persecuciones que, aunque formalmente presenten visos de legalidad, pueden constituir presiones que reduzcan la libertad funcional; es precisamente esta libertad la que trata de preservar la norma garantizando por ese medio el normal funcionamiento de la Administración<sup>30</sup>.

La doctrina nacional es conteste en identificar como bien jurídico penal protegido por el delito de Violación de Fueros a la administración pública, debido a que atenta contra las seguridades personales necesarias para el normal desempeño del poder público que tanto individual o colectivamente representan esas personas.<sup>31</sup> Empero podemos encontrar una relación consustancial entre el bien jurídico protegido en el presente delito y un derecho humano que sirve como contenido material fundante de la tipicidad penal.

Así el concepto de bien jurídico Administración Pública se tiñe de una concepción humanista tornando al Estado en un garante de los servicios públicos como correlato de los Derecho Humanos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados.

En referencia a ello podemos señalar que el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en

---

<sup>30</sup> CREUS, Carlos, Ob. cit., pág. 232.

<sup>31</sup> DONNA, Alberto E., Ob. Cit., pág. 111.

la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;... Por su parte la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su artículo 23 refiere en similares términos al derecho a participar en los asuntos públicos. Estos derechos que el Estado debe garantizar, lo hace mediante las inmunidades que las Constituciones les otorgan a quienes gozan de estos derechos como garantía del pleno funcionamiento en el país del sistema Republicano y Democrático de gobierno. Es dable entender desde esta óptica que el art. 242 del Código Penal reprime conductas que afecta indirectamente el goce de ese derecho obstaculizando o impidiendo el normal ejercicio de las instituciones democráticas. El arresto y la formación de causa al margen de las excepciones establecidas por la Constitución, afecta el ejercicio del Derecho Humano a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, siendo este el bien jurídico penalmente protegido.

Así el concepto Administración Pública no puede considerarse en sí un bien jurídico penal, sino un concepto abarcador de una multiplicidad de conductas que afectan la normal, legal y correcta prestación de los servicios públicos esenciales por parte de la Administración Pública.

#### **IV.- El Tipo Objetivo**

*Art. 242: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.”.*

##### **4.1. - La acción típica**

La acción típica consiste en no guardar la forma prescripta en las constituciones o leyes nacionales o provinciales en el arresto y formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral<sup>32</sup> La acción del autor está encaminada a *no guardar la forma prescripta* que quiere decir incumplir u omitir una norma constitucional, legal o de otra índole, que protege a un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de

---

<sup>32</sup> Así lo entiende DONNA, Ob. Cit., pág. 111.

un colegio electoral contra el arresto o formación de causa, sin haber sido sometido previamente a un ante juicio.

Cuando la norma hace referencia a la palabra *arresto* nos está indicando que dicha palabra es omnicomprendensiva de cualquier forma de privación de la libertad que se opera sobre el miembro que goza de tal inmunidad. Se exceptúa cuando el arresto proviene del cumplimiento de una condena firme en un juicio penal y el miembro del poder público ha sido sometido a desafuero o juicio político, pudiendo esta circunstancia implicar o no el encierro del funcionario. Arresto es entonces, afirma NUÑEZ (1992), la detención de una persona, con o sin encierro<sup>33</sup>.

El elemento *formación de causa* hace referencia al sometimiento del miembro de los poderes públicos a un proceso para determinar su responsabilidad por la comisión de un hecho delictivo, y si fuera procedente aplicarle una sanción penal. La *formación de causa* a la que refiere la norma es la formación de una causa penal.

Es entendible la dinámica del delito si se piensa que los sujetos actúan con el dolo ultimo de afectar el funcionamiento de un poder público estatal que conforma la estructura propia del sistema democrático, y esto el autor lo realiza no guardando las formas prescritas, ya se incumpléndolas, ya sea omitiéndolas al proceder al arresto o formación de causa sobre el miembro del poder público.

#### **4.2.- Los sujetos del delito.**

Estamos en presencia de un delito especial en sentido propio o estricto, al cual el legislador le ha reducido el ámbito de autoría reservando este aspecto a sujetos que cuentan con una calificación legal específica.

Para ser sujeto activo del presente delito se requiere revestir la calidad de Funcionario Público siendo este aquel participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente<sup>34</sup>. En el Código Penal Argentino se hace referencia al funcionario y al empleado público como conceptos sinónimos. La conceptualización más reveladora sobre el funcionario público la brinda Nuñez (1992) quien, siguiendo a Bielsa y Marienhoff, afirma que en lo que al Derecho Penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público es la

---

<sup>33</sup> NUÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, T° V, Vol. II, Ed. Marcos Lerner, 1992, Córdoba, pág. 31

<sup>34</sup> Código Penal Argentino, Artículo 77, 3° párrafo.

participación o el ejercicio de funciones públicas. Esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público,<sup>35</sup> sea que esas funciones públicas las hasta asumido por una orden de autoridad competente o por una elección popular, sean de carácter permanente o transitorias. En definitiva el funcionario público es el sujeto que ejecuta la voluntad del Estado en el área administrativa que se desempeña. Por ello no debe confundirse el concepto empleado público del art. 77 del Código Penal con quien ejerce funciones en el Estado mediante una relación de dependencia laboral regida por las normas relativas al empleo público. Así será un empleado público el despachante de la oficina del Correo Estatal pero no será un funcionario público en los términos y alcances del art. 77 del Código Penal. Si atendemos a la dinámica comisiva del delito notaremos que los sujetos punibles son aquellos que tienen la facultad de arrestar o formar una causa penal. Por ello amén que el delito exige para el autor la cualidad de Funcionario Público, debe distinguirse claramente que funcionarios pueden cometer el delito en la modalidad de arresto y cuales pueden hacerlo en la modalidad de formación de causa al margen de la formalidades prescriptas.

Puede cometer el delito en la modalidad de *arresto* el funcionario competente para emitir una orden de arresto. En estos casos por lo general será el Magistrado de primera instancia en la modalidad de Juez de Instrucción o Juez de Garantía dependiendo del sistema procesal de cada jurisdicción. A su vez los funcionarios públicos encargados de la seguridad y con competencia para ejecutar órdenes de arresto también están comprendidos en esta modalidad comisiva pudiendo ser cualquier miembro de las fuerzas de seguridad provinciales o federales.

En referencia a la forma comisiva de *formación de causa* este ámbito queda reservado a los funcionario competentes para iniciar una causa penal, es decir el funcionario que por imperio de la ley tenga la facultad de ejercer la acción penal imputando al miembro del poder público en un proceso penal el cual podría concluir con el dictado de una sentencia condenatoria. Dependiendo del sistema procesal que adopte cada circunscripción esta facultad recae sobre el Ministerio Público o el Juez de Instrucción.

El sujeto pasivo de la acción delictiva es el miembro del poder público al cual se le violenta su libertad mediante la formación de causa o mediante el arresto. Es

---

<sup>35</sup> NUÑEZ, Ricardo, *El significado del concepto de funcionario público en el Código Penal*, J. A., 1970-544, doctrina.

el miembro del poder público quien ostenta el goce del Derecho Humano constitucionalmente amparado a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Es así que la acción del autor frustra directamente el derecho de la víctima a participar en las instituciones que garantizan el sistema republicano y democrático de gobierno.

## **V.- El tipo subjetivo. Consumación y Tentativa**

La doctrina es conteste en afirmar que el delito del artículo 242 del Código Penal es un delito doloso, que importa que el autor debe conocer que el sujeto contra el cual está ejecutando la orden de arresto o está procediendo a formar causa es un funcionario amparado por las inmunidades y privilegios constitucionales. De esta manera el autor opera en plena conciencia que no guarda las formas prescriptas que lo autorizarían a proceder en estos casos.

Así sabiendo esto dolosamente, igualmente procede a arrestar o formar causa inobservando las formas prescritas por las constituciones nacional y provincial como las leyes respectivas. A diferencia de la opinión de Donna (2003)<sup>36</sup> que entiende que el delito solo admite el dolo directo o de primer grado, me siento más cerca de la posición de Laje Anaya<sup>37</sup> (1996) quien afirma que el delito admite también el dolo eventual. Me lleva a colegir esto el hecho que la redacción del artículo 242 del Código Penal no incluye en su texto un plus de intención del sujeto o un elemento subjetivo distinto del dolo que exceda la propia dinámica del tipo que se agota en arrestar o formar causa a un funcionario de un poder público al margen de las formalidades prescriptas para ello.

La norma penal no identifica cuales son las formas prescriptas para arrestar o formar causa por lo que debe recurrirse a normas extra penales para completar el tipo.

El delito se consuma con la realización de cualquiera de las acciones previstas consistentes en formar causa o arrestar a un miembro de un poder público sin guardar las formas prescriptas por las constituciones o leyes respectivas. La tentativa no parece admisible, como ocurre en muchos de los tipos con elementos

---

<sup>36</sup> DONNA, Edgardo, Ob. Cit., Pág. 116. También CREUS, Carlos, Ob. Cit. Pág. 233.

<sup>37</sup> LAJE ANAYA, Notas al Código Penal Argentino, T° III, Parte Especial, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1996, pág. 108. Así también NUÑEZ, Ob. Cit., pág. 400, CREUS, Ob. Cit., T° 2, pág. 235.

negativos (aunque no sean de omisión)<sup>38</sup>, aunque algunos autores nacionales parecen aceptar dicha posibilidad<sup>39</sup>.

## VI.- Bibliografía citada y consultada

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y Constitución". Cuadernos de política criminal. No. 43, Madrid, 1991.
- AGUIRRE, Luis E., Bienes Jurídicos y Sistema Penal, "Una investigación acerca de la racionalidad de la tutela normativa estatal respecto de los distintos bienes jurídicos", Ed. Fabián Di Plácido, 2005.
- ANTÓN ONECA, José, Derecho Penal, Segunda edición. Anotada corregida por Hernández Guijarro, José y Beneytez Merino, José, Edit. Akal/Iure Madrid, 1986.
- ANTOLISEI, Francesco. "Il problema del bene giuridico" en Rivista Italiana di Diritto Penale, Edit. Giuffrè, Milano, 1939.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Principios de derecho penal. Parte general, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990.
- BETTIOL, Giuseppe. Istituzioni di diritto e procedura penale. Principi Fondamentali del Diritto penale vigente, terza edizione, Padova. Cedam. Casa Editrice, Bologna, 1984.
- BUSTOS RAMÍREZ, F., Manual de derecho penal. Parte especial. Edit. Ariel, Barcelona, 1982.
- BIDART CAMPOS, Germán J. "Manual de la Constitución Reformada". III Tomos. Edit. Ediar, 2005.
- BIDART CAMPOS, Germán J. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional". Tomo VI- Edit. Ediar, 1996.
- BOIX REIG, Javier, AAVV, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- BUOMPADRE Jorge E., Tratado de Derecho Penal Parte Especial, Tº 1 y 2, Ed. Astrea, 2016
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES [ANTÓN](#) J., Derecho penal. Parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 1988.
- CREUS, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tº 2, 6ta. edición, Ed. Astrea, 1998.

---

<sup>38</sup> CREUS, Carlos, Ob. Cit. Pág. 232.

<sup>39</sup> LAJE ANAYA, Ob. Cit., pág. 108.

- DONNA, Edgardo A., Derecho Penal Parte Especial, Tº III, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003
- DWORKIN, Ronald M., *Una cuestión de principios*, 2da. Edición, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2017.
- DWORKIN, Ronald M., Los Derechos en serio, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, La ley del más débil, Ed. Trotta, 2004.
- FERNANDEZ, Gonzalo, *Bien Jurídico y Sistema del Delito, un ensayo de fundamentación dogmática*, Ed. B de F, Montevideo, 2004
- GONZÁLEZ FERRER, Campo Elías, Tipo e injusto. Publicación del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de [Panamá](#), [Panamá](#), 1979.
- GOSCILO, Antonietta, *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*, en Lecciones y ensayos, segunda época, N° 1, diciembre de 1981
- GRISPIGNI Filippo. La natura giurídica del consenso dell' offeso, Modena editore, 1972.
- HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, 2002.
- HEFENDEHL, Roland (ed), AAVV La teoría del Bien Jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?, Ed. Marcial Pons, 2007.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad.: CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZALEZ DE MOURILLO, José Luis, Madrid, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Trad.: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Madrid Ed. Civitas, 2003.
- JESCHECK Hans, Heinrich, Tratado de Derecho Penal, parte general. Cuarta edición. [Traducción](#) de José Luis Manzanares Samaniego. Edit. Comares. Granada 1993.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La antijuridicidad. [Imprenta](#) Universitaria, [México](#) 1952.
- LAJE ANAYA, Notas al Código Penal Argentino, Tº III, Parte Especial, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1996.

- MANZINI, Vincenzo. *Tratato di diritto penale italiano*. T. I. Fratelli Bocca, Editore, Milano, 1958.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 1, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, Pág. 41
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal. Parte general*, Cárdenas Editores, México, 1980.
- MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, T° III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 15ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos, Un ensayo de fundamentación*, Ed. Astrea, 2005.
- NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*. T° VII, Ed. Marcos Lerner, 1992.
- NUÑEZ, Ricardo, *El significado del concepto de funcionario público en el Código Penal*, J. A., 1970-544, doctrina.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el derecho penal*, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1974.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Ed. MAVE, Corrientes, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, T° 1, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Trad. Diego Luzón Peña, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- SCHIAVO, Nicolás, *El aporte marginal de la teoría del bien jurídico*, Ed. Ed. Fabian Di Plácido, 2008.
- SILVA SANCHEZ, J. M., *Legislación penal socio-económica y retroactividad de las disposiciones favorables en el caso de las leyes penales en blanco*, Revista de Cataluña, N° 1, 1994.
- STRENBORG – LIEBEN, Detlev, *Bien Jurídico, Proporcionalidad y libertad...* en AAVV *La teoría del bien jurídico*, Ed. Marcial Pons, 2007.
- TAVARES E. X., Juarez, *Bien Jurídico y Función en Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, 2004.

- VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELLI MATEU, J. C.; GONZALEZ COUSSAC, J. L.; *Derecho Penal Parte Especial*, 3º Edición revisada y actualizada, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, t. II, 4a ed., Reus, Madrid, 1999.
- WELZEL, Hanz, *Derecho penal, parte general*, traducido por Fontan Balestra y Friker, Edit. Depalma, [Buenos Aires](#), 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl - SLOKAR, Alejandro - ALAGIA, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*. EDIAR, Buenos Aires, 2da. edición, 2002.