



Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de Funcionarios Públicos

Por Pablo Little y Ernesto Govea.

Art. 248 bis.- *“Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen”.*

(Artículo incorporado por art. 5° de la [Ley N° 25.890](#) B.O. 21/5/2004)

Art. 249 bis:- *“El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.”*

(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Art. 250: *“ Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.”*



Art. 250 bis – “Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.

2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.”

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Art. 251. – “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.”

Art. 252. – “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la



pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.”

(Párrafo incorporado por art. 17 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Art. 253. - *Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.*

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Art. 253 bis - *El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.*

(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Art. 253 ter - *Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.*



Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Este artículo fue incorporado al Código Penal por el 5° de la [Ley N° 25.890](#) B.O. 21/5/2004)

Bien Jurídico.

Al igual que lo hace el art. 249 CP, el bien jurídico protegido por esta norma es el correcto funcionamiento de la administración pública, representada por los agentes encargados del control de las actividades, que en este caso son las relacionadas con la ganadería y productos afines de origen animal.

Sujeto Activo.

Sólo puede serlo un funcionario a cargo del control y fiscalización de las actividades descriptas en el tipo. Se trata de un delito especial propio, de titularidad diferenciada.¹

Tipo Objetivo.

El mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Número 182 del 3/12/2003, obrante en el expediente PE. 431/03², expresamente indica que “...se contempla un delito de omisión propia que se consume por el simple incumplimiento del mandato de acción que surge de la condición especial del funcionario público encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos o subproductos de origen animal....”.

Aún cuando venga realizada expresamente la referencia de que se trata de un delito de omisión propia, conforme a las diferencias existentes sobre los alcances de cuanto se comentará –según se trate de uno u otro tipo de delito-, es menester previamente analizar si estamos en presencia de un delito de omisión propia o impropia.

¹ Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de Derecho Penal” parte especial T. 3., editorial Astrea 2009, pag. 150.

² Expediente Número 431/03 en www.senado.gov.ar/web/proyectos, consultado el 30/01/2012.



Tal como lo sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar, la clasificación de los tipos omisivos no es uniforme en la doctrina y tampoco lo ha sido a lo largo del Siglo XX. Puede decirse que se han seguido muy diferentes criterios clasificatorios, dando lugar a un intrincado panorama donde, con frecuencia, han coincidido denominaciones y disentido conceptos. Los principales criterios clasificatorios tomados en consideración fueron: el enunciado de la norma, la indiferenciación y la posición de garante del actor, la mera conducta o predominantemente la actividad y la exigencia de resultado, la equivalencia con un tipo activo, que sean escritos o que no lo sea, etc. El criterio distintivo seguido entre propios e impropio delitos de omisión es sostenido por Jescheck, Stratenwerth, Pfander, Schwarz, etc.³ La específica referencia expuesta en el mensaje descartaría el análisis sobre las características del delito, que como se dijo se lo previó como de omisión propia, con la aclaración que su consumación viene dada por el mero incumplimiento del mandato de acción propio del funcionario encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas. Sin embargo, al analizar la clasificación de los tipos omisivos, opinión reconocida sostiene que conforme al criterio dominante, hay tipos, en que la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea que sólo aparecen en forma tal que la norma deducida es siempre imperativa. Se trata de tipos en los que el autor es indiferenciado, o sea, puede ser cualquiera que se halle en la situación típica, pues en ellos la obligación de actuar en esa situación deviene de su mera condición de habitantes y no por particulares relaciones jurídicas. Se trata de los usualmente llamados propios delito de omisión (art. 108, por ejemplo), que son excepcionales en la ley. A diferencia de éstos, la doctrina denomina impropios delitos de omisión a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara. Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí equiparada a una estructura activa, requiere una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa. Sus autores son siempre calificados, pues la ley no se limita a construir tipos enunciando la norma deducida de modo imperativo, sino que, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la situación típica⁴, como parece suceder respecto de este último alcance en el delito en cuestión.

³ Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, “Derecho Penal. Ediar. 2002, pag. 575,

⁴ Zaffaroni E., Alagia A, Slokar A. “ibidem”, pag. 575.



Por su parte, Buompadre señala que lo consideran de omisión propia (Arocena Piña; mientras que Fígari, y Breglia Arias de omisión impropia) que se concreta omitiendo inspeccionar los establecimientos enunciados en la norma y aquellos otros que tienen relación con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen. Concluye Buompadre que la norma exige que la omisión de inspeccionar lo sea conforme a los “reglamentos” del cargo, que son los que se regulan las obligaciones impuestas a ciertos funcionarios encargados de la fiscalización y control de las normas relativas a la comercialización del ganado, productos o subproductos afines; por lo tanto el precepto que manda un hacer (la disposición administrativa impone la obligación de control) indica que estamos frente a un tipo omisivo simple o propio.⁵

El tipo objetivo en el delito propio de omisión.

Estos delitos se caracterizan por estar descriptos legalmente y porque su consumación sólo exige incumplimiento de un mandato de acción. Los tres elementos del tipo objetivo son a) la no realización de la acción ordenada, b) la situación típica que genera el deber y c) el poder de hecho para realizar la acción de modo que en estos delitos falta la tipicidad no sólo cuando el obligado cumple exitosamente el mandato, sino también cuando en forma seria el agente intenta cumplirlo, aunque no alcance el fin buscado.⁶

El mandato de acción para el funcionario público es el atinente a la fiscalización de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal. Específicamente la omisión de inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elección, manipulación, transformación o comercialización de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen

Tipo Subjetivo.

⁵ Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de Derecho Penal” parte especial T. 3., editorial Astrea 2009, pag. 150.

⁶ Righi Esteban y Fernández Alberto A. “Derecho Penal” Hammurabi, José Luis Depalma editor, 1996 pag. 258.



La deficiente técnica legislativa, seguramente producto del afán de reprimir determinadas conductas delictivas propias del reclamo social imperante en una momento específico, provoca -al igual de lo que viene sucediendo últimamente con las reformas introducidas en el código penal-, que aparezcan serios problemas interpretativos de los tipos legales incorporados además de la cuestionable crítica que cabría hacer por su falta de sistematicidad. Sabemos de la dificultad dogmática existente a la hora de determinar los alcances del dolo y la culpa. En tal sentido, basta reseñar la opinión de Bacigalupo, con referencia al código penal español, quien señala que una parte de la doctrina estima que los casos de dolo eventual y culpa con representación o culpa consciente deben ser tratados de la misma manera (Ferrer Sama) o de manera aproximadamente igual, que en todo caso importa una atenuación de la pena del dolo eventual por la vía del art. 9.4. del Código Penal derogado en 1995. Pero también lo es que desde el punto de vista dogmático, la reducción de los casos de dolo eventual a supuestos de culpa no ha llegado a imponerse, pues como ya lo señalaban Antón Oneca “este concepto del dolo sería demasiado estrecho y contrario a las exigencias tanto de la justicia como de la defensa social”,⁷ agregando que en los últimos tiempos se ha propuesto redefinir las relaciones entre el dolo y la imprudencia introduciendo entre ambas categorías una tercera que agruparía conceptualmente los casos de dolo eventual y culpa consciente, citando la opinión de Schunemann; en tanto se trataría de limitar el dolo a los casos de dolo directo y del de consecuencias necesarias, agrupando en otra nueva categoría, diversa del dolo y la imprudencia, los supuestos de dolo eventual y culpa consciente, de modo que la imprudencia quedaría finalmente reducida a la culpa inconsciente, tendencia rechazada por la doctrina, pero de relevancia *de lege ferenda*.⁸

Aun cuando parte de la doctrina sostiene que se trata de un delito culposo,⁹ debe concluirse que nos encontramos ante un delito doloso, por ende, requiere que el autor conozca que el acto que omite es propio de su función, que tal omisión es ilegal y que tenga, además, la posibilidad de actuar, como acontece respecto del delito previsto por el art. 248 CP, -respecto del funcionario público que “no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumba”-, del que Donna señala que no hay dudas que se trata

⁷ Bacigalupo Enrique, “Derecho Penal” Editorial Depalma, 2009 pag. 345.

⁸ Bacigalupo E. “Ibidem” pag. 349.

⁹ Fígari, Rubén “ob. cit”, indica que “se trata de una omisión culposa de deberes funcionales, que sólo abarcan la actividad pecuaria y todo lo relacionado con ella, con la excepción de la agraria.



de un delito doloso y de dolo directo¹⁰, y también respecto de la omisión de deberes del oficio prevista por el art. 249 CP, del que dicho autor también sostiene que es un delito doloso.¹¹

Abrevando en la opinión de Villada, Rubén E. Fígari considera que se trata de la omisión culposa de deberes funcionales, concretándose la conducta típica con la omisión de inspeccionar¹². Por su parte, Villada afirma que el delito generado por el Congreso de la Nación en su criticable labor de política criminal, consiste en la omisión culposa de ciertos deberes funcionales, pero únicamente referido a la actividad pecuaria (ni siquiera a la agraria). Entonces, conforme a esta figura la protección descansa sobre ese único sector de la Administración Pública (la dedicada a actividades pecuarias), y que de haber sido reforma seria, debió haberse penalizado a todo funcionario público que omita fiscalizar culposamente (y mediante todas la formas de culpa) las actividades específicas de su área de incumbencia. Señala que “es casi burdo especificar que se trata de un delito culposo (porque refiere al incumplimiento de reglamentos, que es una modalidad de culpa). Pero de otro costado, analizando el tenor de la pena (mayor a la de los arts. 248 y 249), bien puede pensarse que éste es un incumplimiento doloso de funciones específicas. Ahora bien, si así fuera, ya estaría contemplado por el art. 249; o si se trata de una violación dolosa de las leyes y/o constituciones estaría previsto por el art. 248 del C.P. Entonces, la única solución pensable razonablemente es que se generó la forma culposa del art. 248 únicamente para la actividad pecuaria o ganadera.”¹³.

Se acuerda con el referido autor en que la reforma viene asistemática producto de la fiebre penalizadora que la motivó. Sin embargo, se señala que el artículo 248 CP, prevé pena de prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo de modo que no parece que sea más severa que la prevista por el art. 248 bis (inhabilitación absoluta de seis meses a dos años), -art. 5 C-P., mientras que el art. 249 prevé la de multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año.

¹⁰ Delitos contra la administración pública” Rubinzal Culzoni Editores, 2002, pags. 167 , quien indica que hay acuerdo en este punto, Creus, Soler

¹¹ Donna Edgardo Alberto, “ibidem” pag. 74.

¹² Fígari Ruben E., “El hurto campestre, el abigeato, sus agravantes normas conexas (ley 25.890). elDial.com DC528

¹³ Villada, Jorge Luis “Una reforma penal exclusivamente “pecuaria”. Ley 25890”. L.L. 2004-D,1257.



La ausencia de sistematización producto del afán de reprimir las conductas propias de la actividad pecuaria, permitirá concluir que el monto punitivo previsto no resulta parámetro para el análisis consecuente, debiéndose inferir de su estructura típica que se trata de un delito doloso. Además, tal como lo afirma Buompadre, sólo es posible el dolo directo, autor que si bien reseña la opinión de Villada y González Balcarce en sentido contrario, concluye con acierto que esas posturas se contraponen con el sistema de *numerus clausus* (sistema cerrado de imputación) adoptado por nuestro legislador para regular la culpa, por el que no hay más delitos culposos que los regulados expresamente bajo esta forma de imputación.

Tampoco sería aplicable la opinión de Villada y Fígari en cuanto a la previsión que ya traerían los tipos dolosos señalados. En tal sentido, al abordar la diferencia entre el art. 249 con el abuso de autoridad omisivo previsto por el art. 248 del Código Penal, señala Donna citando a Creus que la distinción que la jurisprudencia y la doctrina han hecho surge de una fallo de la Cámara del Criminal de Capital, en el cual se había sostenido que la forma omisiva del art. 248 se refiere al incumplimiento de las disposiciones expresas de la ley en tanto que el art. 249 se refiere al incumplimiento genérico de las funciones administrativas.¹⁴ Luego, que “cuando la omisión se refiere a una cita de la competencia del funcionario que está taxativamente determinado por la ley, el artículo 249 funciona como tipo alternativo frente al artículo 248, alternatividad determinada por la calidad del acto omitido: si se trata de un acto de autoridad, se dará el artículo 248, si no el artículo 249”, razón que llevaría a concluir que al ser funcionario encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal deben aplicarse las del art. 248 bis.

Autoría.

Se trata de un delito especial propio, por lo que sólo puede ser autor el funcionario público en ejercicio de su propia función o tarea administrativa (art. 248 CP), que en este caso específico debe ser el que tenga a cargo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos

¹⁴ Donna, E. ob. cit. “la figura del art. 249 del Código Penal no tiene una relación residual respecto de la que traza el art. 248 del Código Penal. Dicho de otro modo, las omisiones del tipo del art. 249 no sancionan incumplimientos normativos de menor jerarquía que la Constitución Nacional y la ley, sea nacional o provincial, sino la omisión, la negativa o el retardo de algún acto de oficio. Por ello la violación a un reglamento dictado por la Prefectura Naval Argentina para disciplinar la actividad de detalles de sus disciplinados, sólo podrá tener esa significación, en tanto importe alguno de esos tres modos omisivos”. (CCrim. Fed. Sala I. “Dovall, I” ;B.J. N1, enero –abril 1986, p. 159)



y subproductos de origen animal, e inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elección, manipulación, transformación o comercialización de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen”.

Consumación y Tentativa.

Tradicionalmente se ha entendido que la tentativa no es posible conceptualmente en la omisión propia, por las mismas razones que fundamentan su inadmisibilidad en los delitos de pura actividad.¹⁵ Por tratarse de un delito de simple actividad y de peligro abstracto, el resultado de peligro para el bien jurídico protegido no es exigible típicamente. Teniendo en cuenta estas características no resulta admisible la tentativa.¹⁶

El delito se consuma con el mero incumplimiento del mandato de acción que surge de la condición especial del autor. La consumación se dará cuando la ley debía ser ejecutada sin que ello sucediera. Se trata de la omisión de inspección del funcionario público encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas específicas de la actividad. También en el mensaje se previó que a efectos de evitar problemas de interpretación, la autoridad administrativa de las diferentes jurisdicciones, debían precisarse uniforme y circunstanciadamente, los contenidos propios de la obligación cuya omisión se sanciona.

Art. 249 Bis: *“El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de (6) meses a dos (2) años, sin o resultare un delito más severamente penado.” (Artículo incorporado por el art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008).*

¹⁵ Righi E. y Fernández A., ibídem pag. 337.

¹⁶ Buompadre, J.L. ob. cit. pag. 151.



Antecedentes de la Norma:

a) El 6 de agosto de 2008, se sancionó la Ley 26.394¹⁷, por medio de la cual se derogó el Código de Justicia Militar (Ley 14029) y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentan; asimismo, dicha ley modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación.

Se extrae del Mensaje de Elevación de dicha norma al Honorable Congreso de la Nación¹⁸ que: “Si bien la transformación que aquí se propone es una asignatura pendiente hacia el sector militar desde el momento mismo de la recuperación de la vida democrática, fueron antecedentes inmediatos de este proyecto que hoy proponemos, los compromisos asumidos por el Estado Argentino en los casos N° 11.758 –Caratulado “Rodolfo Correa Belisle v. Argentina” y N° 12.167 –Caratulado “Argüelles y otros v. Argentina”- del registro de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”.

No puede dejar de mencionarse que con fecha 06/03/2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de los tribunales militares y, en consecuencia, del sistema establecido por la ley 14.029 (Código de Justicia Militar)¹⁹.

Como artículo 15 de la citada ley, se incorporó al Código Penal del artículo 249 bis.

Un antecedente del artículo que hoy integra el Código Penal, y que estamos reseñando, puede encontrarse en el derogado Código de Justicia Militar (Ley N° 14.029), donde se preveía como delito esencialmente militar²⁰, y dentro del título correspondiente a las infracciones en el desempeño de cargos, el “abuso de autoridad”²¹, y cometía este delito: “El militar que se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones perjudicando a un inferior, o que lo maltrate prevalido de su autoridad, será reprimido con sanción disciplinaria o con prisión, siempre que del hecho no resulte un delito más grave, en cuyo

¹⁷ Sancionada: Agosto 6 de 2008. Promulgada: Agosto 26 de 2008, comenzando a regir a los SEIS (6) meses de su publicación.

¹⁸ Publicado en “El nuevo sistema de justicia militar - Ley 26.394” Ministerio de Defensa, Presidencia de la Nación, publicación del Ministerio de Defensa de la Nación, año 2008, pág 13 y siguientes.

¹⁹ (Autos López, Ramón A).

²⁰ A título ilustrativo, ver artículo 108 del derogado CJM. En la primera parte de dicha norma se establecía lo siguiente: “La jurisdicción militar comprende los delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de éste carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan”.

²¹ Artículo 702 del derogado CJM.



caso se aplicará la pena que a este corresponde. Si el acto se produjere estando el inferior en formación con armas, la pena será de confinamiento, destitución o prisión.

Corresponde destacar que como consecuencia del proceso de modernización institucional de las Fuerzas Armadas, que trajo aparejado la reforma integral del sistema de justicia militar²² diversas figuras penales fueron introducidas en el Código Penal²³, siendo interesante también tener presente que de cometerse, por ej, el delito que estamos analizando, su autor además debería ser sometido a un procedimiento disciplinario a través de los correspondientes Consejos de Disciplina, teniéndose en cuenta que el artículo 13 del anexo IV de la Ley 26.394 “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” dispone que: “Constituyen faltas gravísimas sólo las siguientes:...23. Comisión de un delito. El militar que con motivo o en ocasión de sus funciones militares, o dentro de un establecimiento militar o en lugares asignados al cumplimiento de tareas militares cometiere un hecho que pudiera constituir un delito previsto en el Código Penal o en leyes penales cuya pena máxima sea superior a un (1) año.

Esto es consecuencia de que dicho Código de Disciplina consagró expresamente en su artículo 8 la autonomía disciplinaria, previéndola de la siguiente manera: “La acción y la sanción disciplinaria son independientes de la acción penal y de la pena impuesta por los jueces. Las sanciones disciplinarias por faltas que también pudieran constituir un delito podrán aplicarse con independencia del desarrollo del proceso penal. Sin embargo, la absolución en sede penal fundada en la inexistencia del hecho o la falta de participación del imputado en él provocará la inmediata anulación de las sanciones disciplinarias impuestas por esos hechos”. De aquí se extrae que, aún en el caso de sobreseimiento por duda del imputado o por efectos de la prescripción, ello no sería óbice para la subsistencia del reproche disciplinario que se hubiese formulado a través del respectivo Consejo de Disciplina.

b) De la lectura de la elevación del proyecto de ley al Honorable Congreso de la Nación²⁴ se extrae como uno de los ejes de la reforma del sistema de justicia militar el tratamiento de los delitos

²² A través de la ya citada Ley 26394, compuesta por 5 anexos, siendo su anexo IV el nuevo Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

²³ Surgen del Anexo I de la Ley 26394.

²⁴ De fecha 17 de abril de 2007.



esencialmente militares en la órbita de la jurisdicción federal, y la consiguiente eliminación del fuero militar para el juzgamiento de delitos cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas; a tales efectos, una de las medidas empleadas es la incorporación de nuevas figuras penales, alguna de ellas basadas en lo que actualmente está previsto en la legislación penal militar. Entre esas figuras, se encuentra este artículo.

Descripción de la Norma. Bien Jurídico Protegido.

El artículo que comentamos inicia refiriéndose “al militar”. Esta mención al sujeto activo del tipo penal nos reenvía al artículo 77 del Código Penal, norma que también fue modificada por la Ley 26.394, ya que el artículo 1 de su Anexo I, establece: “Incorpórase como párrafo cuarto del artículo 77 del Código Penal el siguiente texto: por el término militar se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar. Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar en relación con los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo”.

La mención que se hace a la ley orgánica para el personal militar debe entenderse, en estos momentos, a la ley 19.101 –Ley para el Personal Militar-, norma que a los efectos de la interpretación de este artículo también nos permitirá conocer la materia relativa a la superioridad militar y precedencia²⁵, indispensable para que el juzgador determine el concepto de “inferior” que utiliza la norma para referirse al sujeto pasivo de este delito.

Con respecto al bien jurídico protegido, dice Figari que “se tiende a proteger un correcto orden interno en las Fuerzas Armadas con el objeto de que las relaciones jerárquicas tengan un desenvolvimiento adecuado a principios democráticos, evitándose excesos y arbitrariedades”²⁶

²⁵ Capítulo III del título I de la ley “Generalidades sobre el personal militar”.

²⁶ Ver FIGARI, Rubén E., Dogmática Penal, Normas Incorporadas por la Ley 26.394 al Código Penal a raíz de la derogación del Código de Justicia Militar”.



Sujetos Activo y Pasivo. Tipo Objetivo.

Sabiendo que el sujeto activo debe ser un militar, y superior a la víctima, esta también militar, podemos continuar analizando el artículo y su tipo objetivo, donde se exige que el sujeto activo actúe “en sus funciones y prevalido de su autoridad”; es decir, resultará imprescindible a los efectos de tener por configurada esta figura que el hecho se realice como consecuencia de las funciones y autoridad del autor, lo que obligará al juzgador a evaluar el cargo que desempeñaba quien incurre en esta figura típica y ver si de allí emana la autoridad como para su comisión, así como también si la misma puede ser una lógica derivación de sus funciones.

Asimismo, el accionar debe ser arbitrario, es decir contrario a la razón, y a su vez debe perjudicar o maltratar al inferior, “de cualquier forma”, expresión amplia esta última, lo que permite que el ámbito de actuación de esta norma sea en principio amplio, comprendiendo diversas posibles formas de comisión sobre las que no puede formularse una enumeración casuista, por ej mediante actos, mediante palabras, mediante omisiones, etc, quedando en definitiva su delimitación sujeta a lo que se resuelva en la instancia judicial en cada caso concreto.

De todo lo expresado surge que el tipo penal que estamos tratando solo admite la forma de comisión dolosa, y que admite la participación.

Por último, y para el caso de que mediante su comisión resultare un delito más severamente penado, esta figura se verá absorbida por ella, conforme surge del texto del artículo.

Tipo Disciplinario

Para culminar el comentario de este artículo, haremos referencia a la figura del “abuso de autoridad”, que en grado menor de injusto –y por lo tanto tipificada como una falta disciplinaria gravísima²⁷– se encuentra en el artículo 13, inciso 9. de la Ley N° 26.394 –Anexo IV- Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas y su reglamentación para el Ejército Argentino, tipificada de la

²⁷ Penada con destitución o, de existir una circunstancia extraordinaria de atenuación, puede recomendarse la aplicación de una sanción menor (ver art 23 y concordantes del citado Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas)



siguiente manera: “Abuso de autoridad. El superior que abusando de sus facultades de mando o de su cargo obligare a otro militar a realizar actos ajenos a la actividad militar o le impidiera arbitrariamente el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación”.

Puede ocurrir que el juez descarte la existencia de la figura típica del artículo 249 bis del Código Penal; no obstante ello, corresponde recordar la existencia de este tipo disciplinario, cuyo conocimiento ya será ajeno al poder judicial y sí materia de conocimiento de los consejos de disciplina que se prevén en el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, descartándose en este caso la figura residual del artículo 13 inciso 22 citada ut supra, al no constituir dichos hechos un delito sino un tipo disciplinario concreto de abuso de autoridad.

Art. 250: *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente”.*

La figura protege el normal desenvolvimiento de la Administración. Se trata de evitar que se frustren los actos de la autoridad civil por falta del apoyo necesario de la fuerza pública. Es una figura de desobediencia, siendo la autoridad civil la competente para requerir el auxilio.

Antecedentes Históricos y Legislativos:

El precepto proviene del art. 294 del Proyecto de 1891, cuyas concordancias son los códigos Holandés de 1881, art. 357; Italiano de 1889, art. 179; Francés de 1810, art. 234; Belga de 1867, art. 259, y Chileno de 1874, art. 253.²⁸

Bien Jurídico Protegido:

²⁸ Nuñez, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino” Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pag. 79.



Conforme lo sostiene Donna el bien jurídico protegido es la administración pública, en la perspectiva de los deberes de cooperación en el servicio a los intereses generales que vinculan a los funcionarios públicos en el correcto ejercicio de su cargo.²⁹

Sujeto Activo:

Sólo puede ser un jefe o agente de la fuerza pública. Forman la fuerza pública las fuerzas de seguridad o policiales encargadas de mantener el orden público, cualquiera que sea su denominación, competencia y funciones (preventivas, represivas, de seguridad y vigilancia, de auxilio, etc)³⁰.

No forman parte de ellas las fuerzas armadas, (Gómez Tratado, T. V., n° 1335, p. 501; Moreno, El Código Penal, T. VI. P. 180) que no son fuerza pública, salvo el caso en que actúen como tales, con motivo de funciones que les han sido encomendadas, como puede ser, por ejemplo, el mantenimiento del orden en los comicios, o en los supuestos del artículo 238 del Código Penal, por el que se equiparan al funcionario público, las personas que le prestaren asistencia en virtud de un deber legal o a su requerimiento.³¹

Tipo Objetivo:

Las acciones resultan de igual tenor a las previstas en el artículo anterior. Sostienen Creus y Boumpadre, que se omite cuando no se presta el auxilio, se retarda cuando se lo presta fuera de la oportunidad debida y se lo rehúsa cuando se rechaza formal y materialmente el requerimiento. Pero hay que aclarar que en determinados casos, puede constituir omisión o retardo la prestación irregular de

²⁹ Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal". Editorial Rubinzal Culzoni, T. III, 2003 pag. 177.

³⁰ Nuñez, ibídem, quien a su vez cita a Gómez, V. 501; Moreno CI, 180; Malagarriga, III, 184, Fontán Balestra, VII, 236

³¹ Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de derecho penal" T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 5-.



auxilio, cuando esa irregularidad llega a hacer irrealizable e ineficaz el acto administrativo respecto de de sus finalidades.³²

Por su parte, Ricardo Nuñez explica que incurre en denegación de auxilio si rehusa, omite o retarda prestarlo sin causa justificada. Rehusa, por tanto, si rechaza proporcionarlo; omite prestarlo, si no lo proporciona; y lo retarda si dilata su proporción más allá del momento oportunidad con arreglo al requerimiento o las modalidades del caso. La prestación irregular que no implica una de esas formas omisivas, no cae en el art. 250.³³

Sobre las diferencias entre las conductas típicas, Creus y Buompadre sostienen que:

La omisión requiere la no realización del acto funcional dentro del término legalmente fijado o, en su defecto, en el tiempo útil para que produzca sus efectos normales” (Fontán Balestra). Este último autor indica que omitir es no hacer, rehusare a hacer es, además negarse, de modo que para este supuesto es necesario que haya habido una interpelación legítima en determinado sentido, mientras que retardar es no hacer a su tiempo.³⁴

El retardo, implica la realización del acto, por fuera del plazo legalmente determinado o en el cual viene a ser útil

El rehusamiento se consuma, en principio, con la negativa explícita a realizar el acto ante un requerimiento legalmente formulado, pero cuando ha sido seguida de su omisión y no se trata de un mera negativa formal, por lo que podríamos afirmar que el momento consumativo se correría a esta segunda instancia omisiva necesaria (el tipo no se dará si el autor, aunque rehusando de manera formal la realización del acto, igualmente lo realiza en término); hay que aclarar que no importa esta forma de delito la llamada negativa implícita (no realizar el acto, realizarlo fuera de término, realizar un acto distinto del requerido), pues todas ellas son hipótesis de meras omisiones o de retado.³⁵

³² Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo “Derecho Penal” parte especial. Editorial Astrea 2007, pag. 272.

³³ Nuñez, Ricardo C. ob. Cit. pag. 81

³⁴ Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de derecho penal” T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 3-.

³⁵ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo “Derecho Penal” parte especial. Editorial Astrea 2007, pag. 270



En similar sentido Breglia Arias, indica que la diferencia entre omitir y rehusar está en que quien rehúsa, se niega ante una interpelación legítima, de parte interesada o por orden de autoridad. Se viola el mandato que impone la realización de una conducta. Sin embargo, el tipo no se dará si el autor se rehúsa al principio y realiza después el acto, dentro del término. En cambio retardar, es no hacer a su debido tiempo. Cuando se trata de retardo y existe un término prescripto o fijado, el perfeccionamiento del delito coincide con el de la expiración de ese término; a falta de ésta al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido. Pero la simple omisión de formalidades administrativas no importa el delito de violación de los deberes del cargo del funcionario público, mientras no se omita, rehúse o retarde la prestación de servicios a que está obligado por su carácter.³⁶

La norma prevé que la omisión de auxilio no resulte de causa justificada, cuestión que parece de innecesaria mención, pues aún sin previsión explícita, la solución vendría de lo previsto por el art. 34 CP. Sin embargo, Creus y Boumpadre sostienen, que también pueden darse situaciones no perfectamente encuadrables en las causales previstas en el art. 34 CP, y que igual funcionen como justificantes de la conducta; la falta de elementos para prestar el auxilio, la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos de auxilio pueden quedar comprendidos³⁷. A la vez, explica Nuñez que la causa justificada no se reduce al ámbito de las causas de justificación, que aquí, adelantando sus efectos, no se limitan a excluir la antijuridicidad del tipo legal, sino que operan con anterioridad evitando la concreción del tipo delictivo. La causa justificada puede existir al margen del conflicto de intereses propios de aquellas causas y encontrar su razón en la imposibilidad o en otras circunstancias que excusen la no prestación oportuna del auxilio, como son gr., las dificultades para concretarlo o los errores tácticos. Pero no constituye causa justificada la falta de legalidad del requerimiento por su improcedencia en razón del destinatario, del objeto o de la forma, pues el defecto de legalidad excluye, precisamente el presupuesto para que se pueda hablar de la omisión a que se refiere la causa justificada.³⁸

³⁶ Breglia Arias, Omar y Gauna Omar R. “Código Penal y leyes complementarias” Editorial Astrea, 2003 pag. 608.

³⁷ Creus y Boumpare, ob. cit. pag. 272

³⁸ Nuñez, Ricardo C., ob. Cit. pag. 81



Para que resulte típico el rehusamiento, la omisión o el retardo debe haber mediado, legal requerimiento de auxilio de parte de la autoridad civil competente.

El delito presupone el requerimiento de auxilio por la autoridad civil competente. Autoridad civil competente es cualquier funcionario público nacional, provincial o municipal legalmente facultado para requerir al jefe o agente destinatario, el auxilio de la fuerza pública en el caso particular de que se trata.³⁹

Requerir es pedir, pero no en el sentido de una simple solicitud de auxilio (Nuñez), sino de orden o intimación a su prestación.⁴⁰ La legalidad del requerimiento atiende a la posición de la autoridad requirente con respecto al jefe o agente requerido, al objeto y a la sustancia y forma del requerimiento. La autoridad requirente debe tener atribuciones para intimar al destinatario de la orden, la prestación del auxilio exigido. Este debe tener un objeto constitucional y legalmente admisible, y, cuando se lo haya dispuesto, debe guardar la forma establecida. No es necesaria, por consiguiente una forma determinada, ni siquiera que el requerimiento sea por escrito o específicamente circunstanciado respecto de su objeto.⁴¹ El requerimiento manifiestamente inconstitucional o ilegal desde su objeto, autoriza su examen por el requerido y no lo obliga legalmente a realizarlo, como sucede, verbigracia, si el oficial de justicia requiere la fuerza pública para allanar un domicilio sin orden o con una orden defectuosa; o si el juez lo hace para poner en prisión a un persona contra la cual no hay imputación alguna que la autorice.⁴² Agrega Donna, en base a lo expuesto por Creus y González Roura que para que esté presente el requisito de legalidad también es necesario que el requerimiento esté dirigido a la fuerza que debe prestar el auxilio dentro de su ámbito de actuación. Citando el ejemplo del segundo, sostiene que es el caso del juez federal que requiere el auxilio de la Prefectura para que realice un allanamiento fuera del ámbito de actuación que le asigna a dicha fuerza la respectiva ley orgánica.⁴³

Tipo Subjetivo.

³⁹ Nuñez, Ricardo C. ob. Cit. pag. 80

⁴⁰ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo "Derecho Penal" parte especial. Editorial Astrea 2007, pag. 272

⁴¹ Nuñez R. ob. Cit. pag. 80, quien cita a Soler, Sebastián, Derecho Penal, T. V (19709), 145.

⁴² Nuñez, R. ob. Cit. pag. 80

⁴³ Donna E. ob. Cit. pag. 178



El delito es imputable a título de dolo. A la par del conocimiento de la situación de hecho, exige la conciencia de violar un deber del oficio y la voluntad de hacerlo.⁴⁴ No requiere, empero ni que el autor obre con malicia, ni con un propósito especial.⁴⁵ Es admisible el error sobre la ilegalidad del requerimiento.

Consumación y Tentativa:

El delito se consuma en el momento del rehusamiento, omisión o retardo, sin necesidad de que se haya frustrado o perjudicado el acto para el que se requirió el auxilio. No es necesario que se produzca consecuencia alguna. Cuando se trata del retardo y existe un término prescripto o fijado, el perfeccionamiento del delito coincide con el de la expiración de este término. A falta de él, al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aún cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido (Oderigo, C. penal, nota n^a 1356).⁴⁶ No es admisible la tentativa⁴⁷

Autoría.

Conforme lo expone Donna, autor del delito sólo puede ser un jefe o agente de la fuerza público. El concepto de jefe abarca a cualquier integrante de la fuerza que tenga poder de mando sobre otros integrantes de aquélla, ya sea por su jerarquía funcional (jefes propiamente dichos, oficiales y suboficiales) o porque eventualmente han sido citados para mandar. Mientras que el de agente comprende a todos los individuos que forman parte de aquélla, ejerciendo sus funciones específicas, sin poder de mando.⁴⁸ El referido autor, también aclara en base a la opinión de Creus, que será el ordenamiento legal el encargado de determinar cuáles son las fuerzas que puede ser consideradas públicas, “pues se trata de una materia reglada”, reuniendo estas características en la esfera nacional la Gendarmería Nacional, la Prefectura Naval Argentina, la Policía Federal y el Servicio Penitenciario Federal y, en la esfera provincial las fuerzas policiales y los servicios penitenciarios.⁴⁹

⁴⁴ Nuñez, R. ob. Cit. pag. 81

⁴⁵ Fontán Balestra, Derecho Penal, 6^a. ed, pag. 580.

⁴⁶ Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de derecho penal” T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 3-.

⁴⁷ Nuñez, R. ob. Cit. pag. 81, quien cita a Soler, V 1970, 146

⁴⁸ Donna, E. ob. Cit. pag. 179.

⁴⁹ Donna, E, ibídem pag. 180.



Art. 250 Bis: *“Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:*

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.

2. Observara cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso”.

Antecedentes de la norma.

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal.

Pueden encontrarse resabios de esta figura típica en el derogado capítulo IV “Infracción de los deberes del centinela, violación de consigna”, del Título V “Infracciones contra el Servicio”, Libro II “Infracciones militares en particular”, del Tratado Tercero del antiguo Código de Justicia Militar (Ley 14.029)⁵⁰ ; también, una referencia a las “mutilaciones y sustracción al servicio” en su artículo 820, como un Título autónomo.

Bien Jurídico Protegido.

Dice FIGARI⁵¹, en concepto que compartimos, que el bien jurídico protegido hace alusión a preservar el correcto funcionamiento de las tareas propias de las Fuerzas Armadas en circunstancias de un conflicto armado.

Sujeto Activo.

⁵⁰ Ver, especialmente su artículo 731.

⁵¹ Citado en el comentario al artículo 249 bis, nota 10.



El sujeto activo de esta norma es un militar. Con respecto al carácter de militar, nos remitimos a lo explicado al comentar el artículo 249 bis y lo que establece la reforma del artículo 77 del Código Penal (art 1, Anexo I, Ley 26.394).

Tipo Objetivo.

Cabe referir en relación con este artículo que para la configuración de su tipo objetivo se requiere la existencia de tiempo de conflicto armado.

Cabría preguntarse que se entiende por “tiempo de conflicto armado”.

Al respecto, el Anexo II de la Ley 26.394 –procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados- establece en su artículo 2º que: “El tiempo de guerra, a los efectos de la aplicación del procedimiento previsto en esta ley, comienza con la declaración de guerra, o cuando éste existe de hecho, o con la norma que ordena la movilización para la guerra inminente y termina cuando se ordena la cesación de hostilidades”.

En la citada norma puede el juez encontrar parámetros acerca de lo que se puede entender como tiempo de conflicto armado, lo que es un elemento del tipo objetivo y que de no existir nos reenviaría a una figura disciplinaria similar descartándose el ilícito penal. A esa figura me referiré más adelante.

También es ilustrativo traer a colación lo dicho por el Procurador General de la Nación con fecha 1º de setiembre de 1993, cuando expresó que: “A la luz de una interpretación actualizada del Derecho Internacional de la Guerra, en virtud de lo dispuesto por las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que nuestro país ratificó por decreto ley 14.442/56 y ley 23.049/86, respectivamente, entiendo que la guerra es “todo conflicto armado”, tenga el carácter interno o internacional”⁵². Dicho

⁵² Allí se trató un conflicto de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia militar, en una causa instruida con motivo del accidente automovilístico ocurrido en Grubisno Polje, provincia de croacia, en el cual resultaron muertos dos efectivos del Ejército Argentino acantonados en la ex – República de Yugoslavia –dentro del marco de la Resolución N° 713/91 de la Organización de las Naciones Unidas-, entendiéndose como irrelevante el carácter de beligerante de las fuerzas argentinas. Este precedente resulta importarte ya que puede ampliar el ámbito de aplicación de la norma teniéndose en cuenta que las



dictamen fue compartido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cuestión de competencia “Flores, Hugo A. S/infr. art. 84 Código Penal.), con fecha 10 de noviembre de 1993.

Siguiendo con la norma en análisis, para la configuración de la misma se requiere que en el ya citado tiempo de guerra un militar “abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviere a su cargo para esos fines o los descuidase”, es decir, por un lado la norma establece que se requiere abandonar funciones, y por otro lado hace referencia al descuido de las mismas, pareciendo ser distinto el tipo de dolo exigido en cada caso, o que inclusive la figura admitiría un tipo exclusivamente culposos para el caso de descuido.

También la norma prevé la situación de aquel militar que se incapacitase voluntariamente para rehuir las funciones que prevé el artículo; este caso no admite la figura culposa.

Además, se contempla también la situación de quien observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

Aquí resulta necesario poner especial atención en el concepto de “dato significativo”, el que puede quedar sujeto a la sana crítica del juez o preferentemente, al auxilio al recurso de una opinión de alguien versado en el arte de la guerra, lo que haría las veces de informe técnico o pericial; lo mismo puede decirse en relación con las “medidas del caso” que se debieron haber tomado.

Consumación y Tentativa.

Expresa FIGARI⁵³ que se trata de un delito de pura actividad, y que no admite tentativa.

Particularidades de la Figura

Fuerzas Armadas de la Nación cumplen con distintas misiones de mantenimiento o imposición de la paz bajo el mandato de las Naciones Unidas, por lo que no necesariamente debería la Nación encontrarse en guerra –según esta interpretación- para la aplicación de la norma.

⁵³ Ver nota 2.



Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Norma Procedimental.

Dispone el artículo 1 del Anexo II del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que: “Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el Juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”. Para el conocimiento de este procedimiento especial, me remito a la citada norma (Ley 26.394, anexo II).

Tipo Disciplinario.

Para culminar el comentario de este artículo, de no ocurrir los hechos en tiempo de guerra, ya no podría esta figura tratarse como delito, estando prevista a su vez en el artículo 13, inciso 13 la falta disciplinaria de abandono del servicio, que es en la que incurre “El militar que sin necesidad evidente o autorización expresa abandone el servicio o la realización de tareas encomendadas”. Por ello, si ante hechos como los descriptos en este tipo penal no nos encontrásemos en tiempo de conflicto armado, ello no impide que se evalúe la comisión de una falta disciplinaria gravísima, lo que tal como ya dijimos antes, quedará sujeto al respectivo procedimiento por los consejos de disciplina.



También existe un tipo disciplinario para la autolesión en tiempo de paz con el fin de evadir el cumplimiento de obligaciones militares: ello se prevé en el artículo 13, inc 19 como falta gravísima en el ya citado Código de Disciplina.

Art. 251. “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales”.

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

La infracción, que ya estaba prevista en cierto modo en el Proyecto de 1891, reconoce un antecedente inmediato en el Proyecto de 1906.⁵⁴

Explica Nuñez que el artículo proviene del art. 270 del Proyecto de 1906. El art. 295 del Proyecto de 1891 también preveía el delito, pero reduciendo el requerimiento de la asistencia de la fuerza pública para usarla sólo contra la ejecución de “disposiciones legales de la autoridad pública”. El Proyecto de 1891 menciona como concordancias los códigos Holandés de 1881, art. 358; Húngaro de 1878, art. 472; Belga de 1867, art. 254, y Francés de 1810, art. 188.⁵⁵

Bien Jurídico.

El bien jurídico tutelado es el ordenado funcionamiento de la administración pública que puede verse afectado por la intervención de la fuerza requerida fuera del marco legal.⁵⁶ El bien jurídico protegido se ciñe al correcto y ordenado desenvolvimiento de la Administración pública, cuyo

⁵⁴ Boumpadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho penal” Editorial Astrea, 2009 pág. 163.

⁵⁵ Nuñez, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino” Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pag. 82.

⁵⁶ Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal”. Editorial Rubinzal Culzoni, T. III, 2003 pag. 180



funcionamiento resulta afectado por las conductas funcionariales realizadas al margen de las disposiciones legales.⁵⁷

Sujeto Activo.

El sujeto activo sólo puede ser un funcionario público con competencia para requerir el auxilio de la fuerza pública.⁵⁸

Al igual que lo dicho respecto del artículo anterior, la fuerza pública está conformada por las fuerzas de seguridad o policiales encargadas de mantener el orden público, cualquiera que sea su denominación, competencia y funciones (preventivas, represivas, de seguridad y vigilancia, de auxilio, etc)⁵⁹. El concepto de jefe abarca a cualquier integrante de la fuerza que tenga poder de mando sobre otros integrantes de aquélla, ya sea por su jerarquía funcional (jefes propiamente dichos, oficiales y suboficiales) o porque eventualmente han sido citados para mandar. Mientras que el de agente comprende a todos los individuos que forman parte de aquélla, ejerciendo sus funciones específicas, sin poder de mando.⁶⁰ Sostiene Donna citando la opinión de Creus, que será el ordenamiento legal el encargado de determinar cuáles son las fuerzas que puede ser consideradas públicas, “pues se trata de una materia reglada”, reuniendo estas características en la esfera nacional la Gendarmería Nacional, la Prefectura Naval Argentina, la Policía Federal y el Servicio Penitenciario federal y, en la esfera provincial las fuerzas policiales y los servicios penitenciarios.⁶¹ No forman parte de ellas las fuerzas armadas, salvo que estén específicamente destinadas a un servicio policial, según se dijo al comentar el artículo anterior.⁶²

Tipo Objetivo.

La acción consiste en requerir la asistencia de la fuerza pública. Sostiene Donna, citando la opinión de Nuñez y Laje Anaya, que el requerimiento no constituye una simple petición de asistencia de

⁵⁷ Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho penal” Editorial Astrea, 2009 pág. 163.

⁵⁸ Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho penal” Editorial Astrea, 2009 pág. 164.

⁵⁹ Nuñez, ibidem, quien a su vez cita a Gómez, V. 501; Moreno CI, 180; Malagarriga, III, 184, Fontán Balestra, VII, 236

⁶⁰ Donna, E. ob. Cit. pag. 179.

⁶¹ Donna, E, ibidem pag. 180.

⁶² Fontán Balestra, VII, 237.



la fuerza pública a su jefe o agente, sino que el requerimiento previsto por el tipo es una intimación a darla, la que debe ser realizada conforme a los requisitos legales y destinada a favorecer o ayudar al funcionario público a resistir de hecho el cumplimiento de lo dispuesto u ordenado.⁶³

Siendo la acción la de requerir, no queda comprendido en el tipo (sino en el de resistencia o desobediencia, según el caso) el funcionario que, teniendo mando sobre la fuerza le ordene de modo directo la resistencia.⁶⁴ Por otra parte, tiene que tratarse de un requerimiento de asistencia, o sea, de auxilio para realizar la particular finalidad típica.⁶⁵

Indica Buompadre, que el tipo penal presupone, para su perfección, la concurrencia de un elemento en el tipo objetivo: la existencia de una orden, de una disposición, de una sentencia o de un mandato judicial. No existe posibilidad de que el tipo se realice sin la concurrencia previa de este componente del tipo objetivo.⁶⁶ También explica que no se trata de una oposición a un acto que aún no llegó a concretarse materialmente (como por ejemplo una sentencia que todavía no ha sido firmada), sino de una oposición a la ejecución misma del acto, es decir a que se lleve a cabo en la realidad. De ahí que el límite mínimo de imputación reside en la formalización del acto administrativo, esto es, en su propia existencia jurídica. Si el acto aún no existe, no resulta imaginable una conducta tendiente a frustrarlo.⁶⁷

González Roura resume las exigencias en punto a legalidad y competencia diciendo: si el requerimiento fuere hecho por persona no investida de autoridad, o ésta no fuere la civil, o siéndolo no fuera competente, o de serlo no hiciere el requerimiento de acuerdo con la ley, no procederá la aplicación del artículo (D. penal, T. III, n° 285, p. 373. Agrega que dentro del término legalmente está implícito que el auxilio requerido debe corresponder prestarlo al requerido.⁶⁸

Tipo Subjetivo.

⁶³ Donna, E.. Ibídem. Pag. 181.

⁶⁴ Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, "Derecho penal" Editorial Astrea 2007 pag. 274

⁶⁵ Creus C. y Buompadre, J., ob. cit Pag. 274.

⁶⁶ Buompadre, Jorge Eduardo "Tratado de derecho penal" Editorial Astrea, 2009 pag. 164.

⁶⁷ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 164

⁶⁸ Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de derecho penal" T. VII, Editorial Abeledo-Perrot, 1971, pág. 142 5-.



Es un delito doloso, debiendo el autor conocer las disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales, y de la ilegalidad del requerimiento formulado para oponerse a los mismos. Debe saber y querer abusar de su competencia al formular el requerimiento, quedando fuera del supuesto el sujeto que no requiere como funcionario competente que ha utilizado otros medios para lograr el auxilio perseguido (ej., mediante engaño, haciendo valer su influencia, etc.)⁶⁹ Agrega Buompadre que la doctrina⁷⁰ ha exigido la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, que consiste en una finalidad que se añade al requerimiento (“para oponerse a”), de manera que, si el requerimiento no se formula con esa finalidad, o con fines distintos, el tipo no se concreta.⁷¹

Luego, citando la posición de Polaino Navarrete concluye que se trata de un tipo de tendencia subjetivamente configurado, que demanda una conducta enderezada hacia (para) algo, reveladora de una orientación subjetiva del autor a un objetivo determinado. Por lo tanto, al exigir el tipo una conducta finalísticamente proyectada, no resulta posible su comisión a título de dolo eventual.⁷²

Creus y Buompadre sostienen que se trata de un delito doloso que necesita el conocimiento de la existencia de la disposición, la orden, la sentencia o el mandato y de su legalidad y, volitivamente, el dolo directo de querer requerir el auxilio para oponerse a la ejecución de ellos, adquiriendo importancia el error iuris como excluyente de la culpabilidad.⁷³

Consumación Y Tentativa.

Es un delito de peligro que no necesita perfeccionarse con la efectiva prestación del auxilio por parte de la fuerza pública. Menos todavía con la efectiva frustración del acto, ni siquiera con la respuesta al requerimiento.⁷⁴

⁶⁹ Donna, E. ob. Cit. pag. 181, quien cita a Creus ob. Cit. pag. 227.

⁷⁰ Buompadre J. ob. Cit. , quien cita la a Creus, Delitos contra la administración pública, pág. 222; Herrera, en Levene (H.) (dir.), Manual de derecho penal, Parte especial, p. 534. Laje Anaya, sin embargo, pese a afirmar que la voluntad debe estar encaminada a ese fin (para oponerse a algo que es legal), admite la posibilidad del dolo eventual (Comentario al Código Penal. Parte especial vol. III, p. 83).

⁷¹ Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho penal” Editorial Astrea, 2009 pag. 164.

⁷² Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho penal” Editorial Astrea, 2009 pag. 165.

⁷³ Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho penal” Editorial Astrea 2007 pag. 275

⁷⁴ Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho penal” Editorial Astrea 2007 pag. 274



El delito se consuma con el requerimiento formulado de acuerdo a las formas legales correspondientes. No es necesario que la ejecución se haya frustrado o que la asistencia de la fuerza se haya producido o siquiera haya sido concedida, no siendo posible la tentativa.⁷⁵ El delito de es pura actividad, se consuma con la realización del requerimiento legalmente formulado, con independencia de que el auxilio se haya prestado de manera efectiva o de que se haya frustrado el acto legítimo.⁷⁶

Sostienen Creus y Buompadre, que no es indispensable que el acto se encuentre en vías de ejecución –como lo pretende alguna doctrina-, porque la acción no es la de resistirse, sino la de requerir, por lo cual nada obsta a que el requerimiento se formule para oponerse a un acto que va a realizarse, pero que todavía no comenzó ejecutivamente.⁷⁷

Autoría Y Participación.

También con cita de la obra de Creus, apunta Donna que sólo puede ser autor de este tipo penal el funcionario público, legalmente facultado para requerir la asistencia de la fuerza pública de que se trate en el caso. Como se ha tenido en cuenta específicamente el peligro que constituye para la administración pública el abuso de la competencia del funcionario, cabe concluir que no puede ser autor de este delito el funcionario que teniendo la facultad de mandar o disponer de la fuerza pública, carece de la facultad de requerir el concurso de otra fuerza pública.⁷⁸

Es un delito propio, que admite los principios generales de la participación; pero no asumen el rol de cómplices los jefes o agentes de la fuerza pública que prestan la asistencia requerida, sin perjuicio de otros delitos que pueden cometerse en la prestación del auxilio (ej. atentados, resistencias).⁷⁹

Particularidades De La Figura.

⁷⁵ Donna E. ob. Cit. pag. 181

⁷⁶ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 165.

⁷⁷ Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho penal” Editorial Astrea 2007 pag. 275

⁷⁸ Donna, E. ob. Cit. pag. 182

⁷⁹ Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho penal” Editorial Astrea 2007 pag. 275



Afirma Nuñez que los autores franceses se abstienen de comentar este artículo porque dicen que nunca se ha aplicado. Luego agrega que tampoco conoce que nuestro precepto haya sido aplicado, a pesar de no haber faltado oportunidades para hacerlo, pues en contra de la opinión de Moreno respecto de los funcionarios franceses, afirma que los nuestros no han demostrado ni demuestran hábito de disciplina que los preserven de los abusos de autoridad contra la cosa pública.⁸⁰

Art. 252. (primer párrafo): “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público”.

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

Sostiene Nuñez que el artículo en su redacción vigente proviene del Proyecto de 1891, art. 296, pero el delito ya estaba previsto en el Proyecto Tejedor, parte II, libro II, título II; 5ª, artículo 4, citado bajo el número 398 por el Proyecto de 1891 al mencionar las concordancias de aquel artículo. El Proyecto cita, además, como concordantes los arts. 387 del Código Español de 1870 y 254 del Código Chileno de 1874.⁸¹

Durante el período de vigencia del Código Penal, las leyes 17.567 y 21.338 introdujeron un segundo párrafo a la norma, tipificando el delito de incitación al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos, redacción que fue posteriormente derogada por la reforma de la ley 23.077, que restableció el texto original. Con posterioridad, la ley 26.394 introdujo nuevamente un segundo párrafo al artículo, por el que se reprimen específicas infracciones al servicio militar.⁸²

Acudiendo a la opinión de Morales Prats y Rodríguez Puerta, a quienes cita para explicar el alcance de la reforma operada en la legislación española en la que abrevó la nuestra, Buompadre señala que entre los antecedentes extranjeros, merece destacarse la evolución que en esta materia ha

⁸⁰ Nuñez R. ob. Cit. pag. 82.,

⁸¹ Nuñez, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino” Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pag. 83.

⁸² Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho Penal” Editorial Astrea, 2009, pág. 164.



experimentado el derecho español, fuente del nuestro, en el que se desincriminaron definitivamente aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos cuya trascendencia para el bien jurídico protegido era escasa (por ej. la anticipación, prolongación y abandono de funciones –arts. 373 a 376 del anterior Cód. Penal-), reservándose para ellos una correlativa sanción disciplinaria. No obstante, se han mantenido algunos supuestos de abandono de funciones, circunscriptos a hipótesis que se orienten especialmente por la finalidad perseguida por el autor del delito (p. ej. abandonar el destino con el propósito de no impedir o no perseguir ciertos delitos –art. 407, Cód. Penal -. Con la despenalización de este tipo de conductas –se tiene dicho- el legislador de 1995 ha optado por un modelo de intervención penal acorde con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, al transferir a otras ramas del ordenamiento jurídico la sanción de comportamientos de escasa trascendencia desde la perspectiva de los servicios que los poderes públicos prestan a la comunidad. De este modo, la sanción penal queda reservada únicamente para aquellos ataques más graves al modelo constitucional de la Administración.

83

Bien Jurídico.

El artículo protege la incolumidad de la prestación del servicio público.⁸⁴ También se ha dicho que el bien jurídico tutelado es el correcto desempeño de la función pública conforme a los principios constitucionales, que puede quedar gravemente perturbado en aquellos supuestos en los que el servicio queda desprovisto.⁸⁵

Sujeto Activo.

⁸³ Buompadre, J. ob. Cit. pág. 166.

⁸⁴ Nuñez, R. ob. Cit. pag. 83

⁸⁵ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 166.



Sólo puede ser un funcionario público en ejercicio de su destino (cargo). Este puede ser rentado u honorífico.⁸⁶

No interesa si el sujeto se halla de licencia o bajo el efecto de una sanción disciplinaria, en cuanto al cargo es susceptible de ser abandonado con daño en el servicio aun por quien no está prestando servicios.⁸⁷

Tipo Objetivo.

La acción típica es abandonar el cargo. Sin embargo no es el simple abandono lo que la norma tipifica penalmente, es decir el desempeño descuidado negligente; la inasistencia frecuente del funcionario; la mera desidia funcional o ciertas licencias tomadas unilateralmente fuera del marco legal administrativo. Lo delictivo reside en el abandono de las funciones con la finalidad de no continuar con ellas.⁸⁸

El abandono no es equiparable al desempeño descuidado del cargo o la inasistencia sin formal licencia, que se caracteriza por la intención de continuar vinculado al cargo, sino que consiste en el retiro del destino que el funcionario tiene asignado, con ánimo de no seguir ligado a él definitiva o temporariamente.⁸⁹

Reseñando la opinión de Laje Anaya, apunta Donna que abandona quien se retira o deja el cargo con ánimo de no continuar en su desempeño, de no retomarlo, quien se aparta, quien desiste, quien lo deja, deshaciéndose de él unilateralmente.⁹⁰

Por su parte Buompadre sostiene que a la conducta típica objetiva de abandonar el cargo se le añade un fin específico: no volver a ejercerlo. Se trata de un obrar orientado subjetivamente hacia un fin: no volver a ejercer el cargo que se dejó. El mero comportamiento objetivo, sin la concurrencia de este

⁸⁶ Nuñez, R. ob. Cit. pág. 83

⁸⁷ Donna, E. ob. Cit. pag. 186.

⁸⁸ Buompare, J. ob. Cit. pág. 166.

⁸⁹ Nuñez, Ricardo C. "Derecho Penal Argentino" Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pág. 84

⁹⁰ Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal". Editorial Rubinzal Culzoni, T. III, 2003 pag. 184



particular elemento subjetivo, no concreta el tipo legal del delito. Para que el abandono de destino sea típico, la voluntad del funcionario debe estar dirigida a desligarse del cargo, no resultando suficientes los meros abandonos temporarios o transitorios⁹¹

Agrega que el delito puede darse igualmente con la presentación de la renuncia por parte del funcionario. Mientras aquella no sea aceptada, el agente debe permanecer en el cargo; si lo abandona con la finalidad de no retomar, en daño del servicio público, habrá cometido el delito en cuestión. En realidad lo que el tipo penal reprime es el abandono del cargo sin que autoridad alguna haya dispuesto la exclusión del servicio del agente, lo cual puede ocurrir por aceptación de la renuncia, cesantía o exoneración.⁹²

Sobre el abandono mediando renuncia, explica Molinario en la obra actualizada por Aguirre Obarrio, que es necesario el presupuesto de haberse hecho cargo del empleo público y el problema consiste en saber si media un segundo presupuesto: haber presentado la renuncia. Dichos autores citando a Rodolfo Moreno, indican que aquí se trataba de quien hubiera presentado la renuncia. Ello, en atención a que el simple abandono figuraba en los antecedentes, incluido el proyecto de Tejedor. Pero no pasó al código de 1886. Moreno lo dijo expresamente, pero está ínsito en su argumentación que este caso tiene la misma pena que la del artículo 249, que es la de omitir el cumplimiento de actos propios del oficio, de donde quien sin renunciar, abandona el cargo, incurre en este delito.⁹³

También este último autor sostiene, que en cambio Sebastián Soler, sostenía que si el código castigaba a quien, tras renunciar, abandonaba el cargo ¿Cómo no se iba a castigar a quien lo abandonaba sin tan siquiera haber presentado la renuncia?. Esta idea pasó a ser mayoritaria.⁹⁴ Soler, -en la cita Número 34-, menciona la opinión de de Díaz, 466; Pacheco II, p. 442, Viada, II, 613-4, Cuello Calón, II, p. 345 en el sentido de la existencia de delito cuando el imputado ni siquiera había presentado la

⁹¹ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 166.

⁹² Buompadre, J. ob. Cit. pag. 167

⁹³ Molinario Alfredo J. , texto preparado por Aguirre Obarrio, Eduardo Aguirre “Los delitos” editorial tipográfica editora argentina, 1999, T. III pág.349

⁹⁴ Molinario A. y Aguirre Obarrio, E. ob. Cit. pag. 349.



renuncia, más también la de Moreno, VI, p. 182 quien considera sujeto activo posible solamente al funcionario renunciante, siguiendo a Oderigo, n. 1266.⁹⁵

Núñez entiende que el abandono debe producirse sin que la autoridad competente haya aceptado formalmente la renuncia del funcionario. Esto no supone necesaria la presentación de la renuncia por aquél. El artículo 252 no tiene en cuenta el acto de la aceptación de una renuncia en el sentido formal, sino el acto por el cual la autoridad competente acepta o dispone que el funcionario deje su destino. Lo que sucede tanto cuando la autoridad admite la renuncia prestada por el funcionario, como cuando, sin esa presentación, lo deja cesante o lo exonera. Si tal no fuera la interpretación correcta del artículo mencionado y debiera estarse a la literalidad de sus términos, resultaría impune el caso más grave de abandono, que es, sin lugar a dudas, el producido sin la previa presentación de la renuncia, pues ésta permite el oportuno resguardo de la administración pública mediante la sustitución del dimitente. Además si con arreglo a las palabras de la ley, únicamente la admisión de la renuncia, debiera excluir el tipo delictivo, resultaría punible el funcionario que abandonara el cargo después de que rechazada su renuncia, fuera exonerado o dejado cesante.⁹⁶

De todas maneras, la discusión no tiene consecuencias prácticas porque, decidamos que el mero abandono queda encuadrado en el artículo 249 o en el 252, la pena es idéntica.⁹⁷

Cuando la ley habla de destino, se refiere al cargo público de cualquier naturaleza que fuere (de autoridad o gestión, rentado o no) y el delito se comete cuando el agente lo deja sin habersele admitido la renuncia, lo cual es una expresión metafórica de la ley, que comprende tanto la situación del que deja el cargo después de presentar la renuncia y antes de que le sea aceptada como el que deja el cargo sin haber presentado la renuncia y sin haber cesado legalmente en él; lo prohibido es abandonar el cargo aunque se haya presentado la renuncia, por lo cual el delito también existe cuando el agente ni siquiera la ha presentado (Soler).⁹⁸

⁹⁵ Soler Sebastian, “Derecho Penal Argentino” Tipográfica editora argentina, 1953, pag.166.

⁹⁶ Núñez, R. ob. Cit. pág. 84.

⁹⁷ Molinaro, A. y Aguirre Obarrio, E. ob. Cit. pag. 349.

⁹⁸ Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho penal” Editorial Astrea 2007 pag. 276



Donna, entiende que desde una correcta interpretación del bien jurídico tutelado, sólo quedan cubiertos aquellos abandonos con fin de no retomar tareas, señalando que según Nuñez, el abandono temporario queda atrapado por este tipo penal, mientras que de la obra de Sebastián Soler podemos extraer que cuando no hay renuncia, el abandono requiere cierta duración mientras que si la hay, requiere propósito de dejación, siendo exigido el carácter definitivo del abandono por Carlos Creus.⁹⁹

Tipo Subjetivo.

Es un delito doloso. Explica Nuñez que el abandono, además del apartamiento material del destino asignado, demanda la intención de desvincularse de la función pública. Esta intención puede estar explícitamente manifestada, v. gr., mediante la renuncia u otra manera positiva de expresarla; o puede surgir implícitamente de las modalidades y las circunstancias del abandono, por ej., de la duración de la dejación del destino o de la asunción de uno nuevo. No es necesario que el autor obre con el propósito de causar daño al servicio público, ni que obre a sabiendas de que lo producirá. Se trata de un resultado que puede ser preterintencional.¹⁰⁰

Por su parte Creus y Buompadre sostienen que el aspecto voluntario requiere el dolo directo, que es el único que se compadece con la voluntad de desvincularse definitivamente del servicio y que, es el elemento indispensable de la acción de abandonar, pero sin requerir voluntad de perpetrar el daño del servicio.¹⁰¹

Consumación Y Tentativa.

Sostiene Nuñez que el delito se consuma con el hecho del abandono dañoso para el servicio público. No admite tentativa, pues el acto ejecutivo del propósito de realizarlo, ya implica su consumación.¹⁰²

⁹⁹ Donna, E. ob. Cit. pag. 184, nota 85.

¹⁰⁰ Nuñez, R. ob. Cit. pág. 84

¹⁰¹ Creus y Buompadre, ob. Cit. pag. 277

¹⁰² Nuñez, R. ob. Cit. pág. 84



Buompadre considera que la infracción exige que el abandono del cargo sea “con daño del servicio público”. Dicho daño debe entenderse como un detrimento o menoscabo material o moral que sufre el servicio público como consecuencia del abandono, puede tratarse tanto de un perjuicio a los servicios públicos propiamente dichos (p. ej. energía, agua, asistencia médica, educación, seguridad), como a los servicios que se prestan mediante el ejercicio de la función pública (p. ej. administración de justicia, función ejecutiva). El daño debe ser real, actual y efectivo; no meramente eventual ni hipotético.¹⁰³

Luego expone que algún sector de la doctrina¹⁰⁴ ha creído encontrarse frente a un delito de daño, cuya consumación coincide con el perjuicio a la Administración pública, aunque la opinión predominante afirma que se trata de un delito de peligro concreto, de pura actividad que se consuma cuando se produce el abandono del cargo.¹⁰⁵ Por su parte considera que el resultado dañoso para el servicio público configura un resultado preterintencional no abarcado por el dolo del autor. O en todo caso, no integra necesariamente la culpabilidad típica dolosa. Se asimila más bien, a una consecuencia culposa que deriva del propio abandono del cargo. De allí que el momento consumativo coincide con el abandono dañoso para el servicio público. Sin la existencia del daño al servicio público, el delito no se configura, no siendo posible la tentativa.¹⁰⁶

Por su parte Donna señala que se trata de un delito de mera actividad, en cuanto la acción constituye el fin del tipo penal; siendo a la vez un delito de peligro concreto, en tanto el accionar típico debe implicar, sin más el riesgo de lesión del bien jurídico. Agrega que el daño debe ser actual y efectivo, diferenciando parte de la doctrina entre daño interno, cual es el que sufre internamente el servicio público y que no determina punibilidad con el que trasciende al servicio como tal, en cuanto afecta a la generalidad.¹⁰⁷ Luego, menciona que por vía jurisprudencial se ha aceptado este distingo y se ha señalado que el daño, como requisito del delito de abandono, intempestivo del cargo, previsto por el

¹⁰³ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 167.

¹⁰⁴ Cita a Fontan Balestra, Tratado de derecho penal, t. VII, p. 238.

¹⁰⁵ Cita a Nuñez, Derecho penal argentino T. VII, p. 85, Creus, delitos contra la Administración pública. P. 230; Donna. Derecho penal. Parte especial, t. III, p. 186.

¹⁰⁶ Buompadre, J. ob. Cit. pg. 168.

¹⁰⁷ Donna, E. ob. Cit. pag. 185.



artículo 252 del Código Penal, debe referirse a la consecución de los fines que motivaron la creación del servicio pública de que se trate, y no a las perturbaciones de orden interno de éste.¹⁰⁸

Si bien los delitos de mera actividad admiten tentativa, el caso particular que nos ocupa no es uno de ellos, en cuanto los actos previos a la dejación e incluso el abandono mismo sin peligro no integran un inicio de ejecución penalmente relevante¹⁰⁹.

Creus y Buompadre sostienen que para que el abandono sea punible, tiene que haber producido daño al servicio público; es una condición de punibilidad que el daño se haya originado en el abandono mismo; ello no ocurre cuando reconoce una fuente causal distinta preponderante (p. ej., el daño que produce el empleado inexperto que reemplazó al abandonante). Estamos ante un delito de peligro, no estrictamente de daño, por lo cual se consuma con el abandono, aunque la punibilidad requiera una trascendencia dañosa. No admitiendo la tentativa, pues el acto ejecutivo del propósito de realizarlo, ya implica consumación, (Nuñez), lo cual muestra con mayor claridad aun que la consumación se da con el solo abandono, si lo fuera cuando ocurre el daño, el abandono sin daño no importaría tentativa, sino un hecho típico impune.¹¹⁰

Autoría y Participación.

Particularidades De La Figura.

Sobre el daño al servicio público, explica Nuñez que existe cuando a causa del abandono del funcionario, el servicio a los intereses de la colectividad a cargo exclusivo o de que participa el destino asignado al autor del abandono, experimenta un menoscabo material o moral. Por ej. el retraso en la instrucción impartida en una escuela, o la paralización de la vida municipal, o el desprestigio moral emergente del abandono de su destino por la comisión policial de vigilancia pública. No basta un daño

¹⁰⁸ Donna, E. ob. Cit. pag. 185, cita el caso de la CCCorre., “Coster, Armando León, 12-4-49, en Oderigo, Mario A. Votos y sentencias penales, Valerio Abeledo, ps. 152-3. Se trataba de un agente de la Policía Federal, institución a la que estaba ligado por un contrato cuyo lapso de duración era cinco años, que hizo abandono de funciones sin causa justificada y sin que dicho contrato hubiera sido legítimamente rescindido, se consideró que la conducta descripta quedaba atrapada por el artículo 65 del estatuto de la Policía Federal (ley 13.030), el que por principio de especialidad relegaba al art. 252 del Código Penal.

¹⁰⁹ Donna, E. ob. Cit. pag. 186.

¹¹⁰ Creus y Boumpadre, ob. Cit. pag. 277



interno en el organismo público, que no trascienda al servicio que aquél presta a la generalidad. Debe ser un daño efectivo y actual y no solamente potencial o futuro.¹¹¹

Indica Molinario, acerca de la discusión de la doctrina en torno a la renuncia, analizada infra, que una renuncia presentada no se acepta inmediatamente por las siguientes razones: que quien tenga la facultad de aceptar, la rechace; que dude si aceptarla o rechazarla; que esté considerando la posibilidad de aceptarla o, en vez, de iniciar un sumario para declara cesante al funcionario, etc.

En cualquiera de estos casos, explica Molinario, que el funcionario debería continuar en su destino hasta que la renuncia sea aceptada, salvo que el superior lo autorice. Tampoco hay delito cuanto no hay daño al servicio público, cosa que normalmente es clara si existe un sustituto legal que continúa en funciones. Cita el caso de Eusebio Gómez, cuando renunció a su cátedra en 1945 porque el gobierno anunció públicamente que iba a nombrar veedores en los exámenes universitarios. Aunque fueron muchos los profesores que entonces renunciaron y sus renunciaciones fueron aceptadas, no ocurrió lo mismo con Gómez, que tuvo que seguir dictando sus clases durante uno o dos meses. El caso que aprovechó la oportunidad para explicar en ellas este delito.¹¹²

Art. 252 segundo párrafo: *“El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufriesen pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave”.*

Antecedentes De La Norma.

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal.

¹¹¹ Nuñez, R. ob. Cit. pág. 85.

¹¹² Molinario, A y Aguirre Obarrio E. , ob. Cit. pag. 349



Pueden encontrarse resabios de esta figura típica en el derogado capítulo I “Abandono de servicio”, del Título V “Infracciones contra el Servicio”, Libro II “Infracciones militares en particular”, del Tratado Tercero del antiguo Código de Justicia Militar (Ley 14.029)¹¹³.

También allí se preveían las conductas que trata esta norma, a saber: el abandono de servicio, el abandono de destino y la desertión.¹¹⁴

Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico que protege esta norma es el eficaz cumplimiento del servicio en ocasión de conflicto armado o de encontrarse en operaciones en zona de catástrofe.

Sujeto Activo

Con respecto al carácter de militar, nos remitimos a lo explicado al comentar el artículo 249 bis y lo que establece la reforma del artículo 77 del Código Penal (art 1, Anexo I, Ley 26.394).

Tipo Objetivo.

Lo primero a lo que cabe referirse en relación con este artículo es que para la configuración de la figura penal se requiere la existencia de tiempo de conflicto armado o su ocurrencia en zona de catástrofe..

En lo que se refiere al concepto de “tiempo de conflicto armado”, me remito al comentario al artículo 250 bis: en relación con la denominada “zona de catástrofe”, entiendo que debido a la precisión que requiere el tipo objetivo de la figura, no bastaría con encontrarse de hecho en una zona de catástrofe, sino que debe existir una declaración de ese estado a través de las autoridades pertinentes, no solamente

¹¹³ Ver, especialmente su artículo 731.

¹¹⁴ Ver, artículos 708 a 712 por el abandono de servicio, artículos 713 al 715 por el abandono de destino, y los artículos 716 al 724 por la desertión.



emanada del Poder Ejecutivo Nacional sino de autoridades facultadas para ello, lo que llevará en el caso concreto a analizar las facultades mediante las cuales se dictó el acto administrativo correspondiente.

Por otro lado, al hablar la figura típica de abandonar “servicio”, “destino” o “desertar” resulta omnicomprendensiva de todo el personal militar, ya sea oficiales, suboficiales o soldados. Cabe aclarar que dentro de las normas disciplinarias castrenses si bien el abandono de servicio puede ser generalizado, en abandono de destino sólo puede incurrir el personal de Oficiales, mientras que la figura de la deserción está prevista para el personal de Suboficiales y Soldados.

Tomando como guía para la interpretación de la presente norma al Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, y sin perjuicio de lo dicho sobre el sujeto activo que es todo militar, podemos decir que abandonar el servicio significa abandonar la tarea o misión o funciones que le fueran encomendados, sin necesidad evidente o autorización expresa; abandonar el destino significa faltar un oficial sin autorización de su lugar de destino o residencia por tres (3) días continuos, o no presentarse al superior de quien dependan cuarenta y ocho (48) horas después de vencida su licencia temporal, mientras que es desertor aquel suboficial o soldado que a) Faltare de la unidad de su destino o lugar fijado por la superioridad como de su residencia, por más de cinco (5) días consecutivos, los que se considerarán pasadas cinco (5) noches desde que se produjo la ausencia, y b) Abandonare el destino o lugar fijado por la superioridad para su residencia, con intención de no reincorporarse no regresar y omitieren recabar las autorizaciones o pedir su baja.¹¹⁵

Esta figura prevé también un tipo agravado que es aquel en el cual se incurriría si como consecuencia de la conducta típica resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, con un máximo de doce (12) años de prisión.

¹¹⁵ Ver al respecto, Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, artículo 13, incisos 13, 14 y 15, donde se tratan sucesivamente las faltas gravísimas de abandono del servicio, abandono de destino y deserción.



Termina la norma diciendo que en cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito previsto con una pena más grave, lo que será resorte del juzgador ante la evaluación que hará del hecho concreto y la posibilidad de su encuadramiento en otra figura típica.

Consumación y Tentativa

Dice FIGARI¹¹⁶ que se consuma con el mero abandono o la deserción y las agravantes con la producción del resultado. No se admite la tentativa en ningún caso.

Agrega que los tipos son dolosos, sin admisión del dolo eventual.

Particularidades de la Figura.

Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Norma Procedimental.

Dispone el artículo 1 del Anexo II del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que: “Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el Juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”. Para el conocimiento de este procedimiento especial, me remito a la citada

¹¹⁶ Ver comentario al art 249 bis, nota 10.



norma (Ley 26.394, anexo II). Esta norma no resultaría aplicable de ocurrir en zona de catástrofe y fuera de un conflicto armado.

Tipo Disciplinario

Para culminar el comentario de este artículo, de no ocurrir los hechos en tiempo de conflicto o en zona de catástrofe, ya no podría esta figura tratarse como delito, estando prevista a su vez en el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas, artículo 13, inciso 13 la falta disciplinaria de abandono del servicio, en el inciso 14 la falta de abandono de destino, y en el artículo 15 la falta de deserción, todas ellas gravísimas, lo que excitará la intervención de los respectivos Consejos de Disciplina.

No puede dejar de destacarse que existe en el citado código una figura culposa relacionada con esta figura penal y con la que prevé el artículo 250 bis; así, establece el artículo 13, inciso 16 la figura de la falta gravísima de la negligencia en el servicio, que es aquella que comete: “El militar que en tiempo de guerra o durante operaciones militares, perdiere la unidad militar a sus ordenes, provocare daños a la tropa o al equipamiento, restringiere el cumplimiento de las tareas u objetivos encomendados o desaprovechare la ocasión oportuna para llevarlas a cabo, por no tomar las medidas preventivas necesarias, no solicitar con debida antelación el auxilio requerido o actuar con negligencia o imprudencia notoria y grave”.

De producirse estos hechos, será cuestión del interprete encuadrar a los hechos en los distintos tipos penales o disciplinarios existentes hasta formarse una jurisprudencia en la materia.

Art. 253: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales”.



(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la [Ley N° 24.286](#) B.O. 29/12/1993)

Antecedentes Históricos y/o Legislativos y/o Proyectos.

El precepto proviene del Proyecto de 1891, art. 297. Este proyecto menciona como concordancias al código de Tejedor, art. 423; al Español de 1870, art. 393 y al Chileno de 1874, art. 220.¹¹⁷

En el derecho español, explica Buompadre que el delito de nombramientos ilegales está tipificado junto al de prevaricación administrativa, en el Capítulo I del Título XIX, y la doctrina entiende que se trata de una modalidad específica de prevaricación, en la que el funcionario público adopta una resolución –nombra, propone o da posesión de un cargo público– sin que concurren los requisitos legales para ello. De allí que se sostenga la práctica identidad del bien jurídico de ambos delitos; es el debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas.¹¹⁸

Bien Jurídico Protegido.

El artículo protege la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al peligro que para ella involucra la falta de la idoneidad legalmente requerida.¹¹⁹

Tiende a proteger el funcionamiento correcto y eficaz de la Administración pública, que se vería gravemente perturbado por la falta de idoneidad de los funcionarios o agentes nombrados al margen de los requisitos establecidos por las disposiciones legales.¹²⁰

Sujeto Activo.

¹¹⁷ Nuñez, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino” Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pág. 85.

¹¹⁸ Buompadre, Jorge Eduardo “Tratado de derecho Penal” Editorial Astrea, 2009, pág. 171.

¹¹⁹ Nuñez, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino” Ediciones Lerner, 1974, T. VII, pág. 85.

¹²⁰ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 171



Sólo puede ser un funcionario público, quien proponga o nombre. En cambio puede ser cualquier persona la que acepte el cargo público, sin que la concurrencia de esta cualificación importe circunstancia agravatoria alguna.

Indica Donna que inicialmente, debe afirmarse que estamos frente a un delito especial en sentido estricto, en cuanto el círculo de autores está determinado por ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico.

Ello repercute en el ámbito de la participación criminal. De todos modos, el hecho de que no cualquier sujeto dentro de esta categoría jurídica- funcionario público- pueda realizar el tipo le otorga una peculiar característica, en el sentido de que también se trataría de un delito de propia mano, en tanto el tipo delictivo está reglado de tal modo que sólo puede ser autor quien esté en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida.¹²¹

Agrega Donna, que en cambio la acción de aceptación admite ser realizada por cualquier persona. Sin embargo, en cuanto la acción típica regulada en el apartado final del artículo supone una designación previa, debe concluirse que la acción de aceptación configura un ilícito de propia mano. La consecuencia inmediata de ello es que los terceros sólo pueden ser cómplices o instigadores, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos.¹²²

Sujeto Pasivo.

Tipo Objetivo.

El delito puede cometerse presentando (proponiendo) a una persona ante quien corresponda o destinándola (nombrando) para desempeñar un empleo, como simple empleado o como funcionario en la administración nacional, provincial o municipal, centralizada o descentralizada, ejecutiva, legislativa o

¹²¹ Donna, E. ob. Cit. pag. 190

¹²² Donna, E. ob. Cit. pag. 190.



judicial cargo público). Si administrativamente fuera admisible la autoproposición el autonombramiento, la falta de requisitos legales en el autor haría encuadrar el hecho en el art. 253.¹²³

La norma incrimina como tipos de delito tanto a la propuesta o nombramiento para un cargo público de una persona en quien no concurriesen los requisitos legales (párr. 1) como la aceptación ilegal de un cargo público (párr. 2).

El desempeño del propuesto, nombrado o aceptante puede ser en cualquier rama o sector de la Administración pública, nacional, provincial o municipal, cualquiera sea el rango o jerarquía administrativas. Cargo público o (función pública); es toda actividad, temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado, a su servicio o al de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos o al de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (art. 1, ley 25.188 de ética pública).

La acción de proponer debe ser hecha por un funcionario público, con atribuciones legales para ello, ante otro funcionario público para que proceda a designarla.¹²⁴

Proponer es presentar para que otra designe, acto que debe ser oficial y que también requiere la facultad del sujeto activo al efecto conferida por la ley. La idea de proposición conlleva la existencia de un procedimiento administrativo por medio del cual un funcionario debe nominar ante otro –que es el que designa- a la persona que puede ser nombrada para el cargo.¹²⁵

Tal propuesta debe contener las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico y que proviene de un funcionario con facultades legales para realizarla, sin que revistan encuadre típico las sugerencias, recomendaciones o insinuaciones dirigidas a conseguir un nombramiento ilegal.¹²⁶

¹²³ Nuñez, R. ob. Cit. pag. 86.

¹²⁴ Buompadre, J. ob. Cit. 172

¹²⁵ Donna, Edgardo Alberto “Derecho Penal”. Editorial Rubinza Culzoni, T. III, 2003 pag. 188

¹²⁶ Buompadre, ob. Cit. pag. 172



Nombrar, consiste en designar a una persona para que desempeñe una función determinada en el ámbito de la administración pública, sin que importe para la consumación típica el carácter administrativo del acto (puede ser permanente, transitorio, interino, rentado o ad honórem); lo que importa es la idoneidad legalmente requerida¹²⁷. Nombrar en el sentido del artículo es designar oficialmente, destinando a una persona para desempeñar un empleo, como simple empleado público o funcionario público.¹²⁸

La aceptación ilegal es de un cargo para el cual no se posee los requisitos exigidos. Citando la opinión de Polaino Navarrete sostiene Buompadre que la aceptación ilegal del cargo representa la contrafigura del nombramiento ilegal de funcionario público. Mientras en este delito el sujeto activo es el funcionario público facultado para instituir a funcionarios, en aquel sujeto activo es el particular erigido al pedestal de la función pública. En ambos casos –recuerda este autor–, la ilegalidad radica, no en la mera irregularidad forma, sino en la carencia de los requisitos legales precisos, que incapacitan al sujeto para esta operación jurídica.¹²⁹

Agrega Nuñez que los requisitos legales son las condiciones personales establecidas por la ley o el reglamento atenido a ella, que debe llenar la persona para ocupar el cargo público de que se trata. Estas condiciones pueden ser formales, como son la nacionalidad, la residencia, la edad, el sexo, el cumplimiento del servicio militar y la inexistencia de inhabilitación o condena. También pueden requerirse condiciones sustanciales, como son el conocimiento de una materia o idioma o un grado determinado de instrucción, o la solvencia moral, pero en este caso el requisito legal consiste en la posesión del título o de la certificación de esa idoneidad y no en la realidad de ella. Salvo que se las estableciera como requisito, las vinculaciones personales o reales del propuesto o nombrado no están comprendidos en el art. 253.¹³⁰

Se trata de un delito especial propio, de pura actividad que limita el círculo de autores sólo al funcionario público que posee facultades legales para proponer o designar. Como se trata de acciones alternativas, ambas tienen consumación autónoma, de manera que la realización de las dos conductas no

¹²⁷ Buompadre, ob. Cit. pag. 172

¹²⁸ Donna, E. ob. Cit. pag. 188.

¹²⁹ Buompadre, ob. Cit. pag. 175.

¹³⁰ Nuñez, R. ob. Cit. pag. 86.



significará multiplicación delictiva. El funcionario que propone a una persona para que ocupe un cargo público y posteriormente la nombra en el cargo sin que concurren los requisitos legales para ello, no comete dos delitos sino sólo uno.¹³¹

Tipo Subjetivo.

Se trata de un delito doloso. Basta la conciencia de que el propuesto carece de los requisitos legales demandados en el caso y la voluntad a pesar de ella, de proponerlo o nombrarlo. Basta por lo tanto, el dolo eventual.¹³² En el mismo sentido Soler, quien apunta que la ley española decía “a sabiendas”, la supresión de este extremo parece dar más amplitud a nuestra disposición, en el sentido de que impone al proponente o designante el deber positivo de informarse.¹³³

Por su parte Buompadre, señala que resulta admisible sólo el dolo directo.¹³⁴

Consumación y tentativa.

El tipo se configura cuando el agente no reúne tales requisitos, independientemente de que se encuentre en la imposibilidad de acreditarlos. La infracción queda delimitada típicamente por la ausencia de tales exigencias legales, no por la real idoneidad del agente. Puede tratarse de una persona que, de hecho, no posea la idoneidad o capacidad requeridas para el cargo (en muchas ocasiones será una condición de difícil constatación), pero que reúne las conocimientos formales para ocuparlo. En esta hipótesis, la propuesta o nombramiento no tipifican el delito.¹³⁵

¹³¹ Buompadre, ob. Cit. pag. 173.

¹³² Nuñez, R. ob. Cit. pag. 86.

¹³³ Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino” T.V. Tipográfica Editora Argentina, 1953 pág. 163

¹³⁴ Buompadre, J. ob. Cit. quien en la cita 65, indica que Nuñez, Derecho penal argentino, T. VII, p. 86 y ss. en contra admite el dolo eventual pero sin dar razones mientras que Soler, Derecho penal argentino, t. 5, p. 150, arguyendo que la supresión de la expresión “a sabiendas” del viejo Código Penal español parece dar mayor amplitud a nuestro art. 253. Pero, acertadamente, Creus responde que no es la vigencia de un elemento subjetivo lo único que decanta la inadmisibilidad del dolo eventual (Delitos contra la Administración pública, pág. 243 nota 209)

¹³⁵ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 173.



Por tratarse de un delito de acción, de pura actividad, se consuma con la aceptación del cargo, aunque no se lo asuma realmente. La tentativa no resulta admisible.¹³⁶ Si la propuesta o nombramiento está realizada con las formalidades legales hay ya consumación, mientras que si formalmente, a los fines de su validez es necesaria su receptación por el destinatario, hasta tanto ello ocurra en el *iter críminis* no se habrá superado el estadio de un mero acto preparatorio.¹³⁷

Autoría y Participación.

Explica Buompadre que en la doctrina española esta clase de delitos recibe la denominación de “delitos de participación necesaria” por cuanto exigen la obligada intervención de más de una persona en el delito, de modo que cada uno de ellos realiza una conducta distinta pero tendiente a una misma finalidad.¹³⁸

Particularidades De La Figura.

Menciona Molinario, en cuanto a la exigencia de edad, que en esos casos cercanos al límite, como que el requisito se cumple por transcurso del tiempo, puede ocurrir que el defecto sea subsanable esperando para asumir, tal cual ocurrió (aunque era un cargo electivo) con Federico Pinedo, elegido a los 24 años y unos meses, que se incorporó como diputado al cumplir los 25.¹³⁹

Art. 253 bis: *“El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades o requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier tipo de persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado”.*

¹³⁶ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 175.

¹³⁷ Donna, E. ob. Cit. pag. 193.

¹³⁸ Buompadre, J. ob. Cit. pag. 175.

¹³⁹ Molinario Alfredo J. , texto preparado por Aguirre Obarrio, Eduardo Aguirre “Los delitos” editorial tipográfica editora argentina, 1999, T. III pág.351



Antecedentes De La Norma

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal.

Bien Jurídico Protegido.

Dice FIGARI¹⁴⁰ que aquí se busca con esta norma proteger el correcto uso de los bienes, y facultades que tienen a su disposición los militares y que no abusen de ellos.

Sujeto Activo

Solamente puede ser un militar el autor de esta figura típica. (Ver artículo 77 del Código Penal conf art. 1, Anexo I, Ley 26.394).

Descripción De La Norma.

El presente artículo abarca 4 figuras distintas, aconsejándose su análisis por separado por tratar figuras típicas muy distintas entre si, figuras novedosas, conforme a lo que está actualmente previsto en la legislación penal militar¹⁴¹.

Tipo Objetivo

Conforme lo expresado, dividiremos el análisis de los distintos tipos penales que forman este artículo, para una mayor claridad.

1) “El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar...”.

¹⁴⁰ Ver comentario al artículo 249 bis, nota 9

¹⁴¹ En tal sentido, ver mensaje de elevación del proyecto de ley al Honorable Congreso de la Nación.



Acerca de que se entiende por militar, me remito a lo expresado al comentar el artículo 249 bis.

Para cometer esta figura típica, el militar, sin orden ni necesidad –es decir, por propia iniciativa-, debe emprender una “operación militar”, término complejo a la hora de su interpretación.

Lo dicho se refiere a que el juzgador deberá evaluar dicha operación militar y la forma en que está se llevó a cabo, ante lo que corresponde preguntarse ¿solamente en una operación militar ocurrida en caso de guerra o conflicto armado, o también ante una operación militar iniciada, sin orden ni necesidad también en tiempo de paz? Yo estimo que si la operación militar es emprendida en tiempo de paz, se la puede considerar comprendida en esta norma, lo que resulta importante no solo como figura autónoma sino también ante su eventual concurso con otras figuras típicas que pudieran cometerse al emprender dicha operación

Con respecto a la orden, se requeriría que la misma fuera escrita, sobre todo para una operación militar que implica una movilización de importancia por todo el material que despliega; por otro lado, y con respecto a la necesidad de dicho emprendimiento, será el imputado quien deberá demostrar la misma.

2 “...o en sus funciones usare armas sin las formalidades o requerimientos del caso...”. El militar, en el ejercicio de sus funciones, solamente puede utilizar las armas que a tal efecto son provistas por el Estado Nacional. Si por el contrario en sus funciones utiliza armas que son de su propiedad, por más que tenga la debida autorización legal de su tenencia y portación, se vería incurso en esta figura típica.

3 “...sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias...”.

En primer lugar, y al referirse la norma a población civil, parece descartar que esta figura típica pueda configurarse fuera del marco de una guerra o conflicto armado, o al menos inviable su ocurrencia fuera de ellos.



Con respecto a esta figura, corresponde tener presente que el Anexo III de la Ley 26.394 prevé las instrucciones a la población civil para tiempos de guerra y otros conflictos armados, instrucciones que podrán ser emitidas por los Comandantes destacados en las zonas de operaciones y de combate, o por las máximas instancias jerárquicas militares, cuando actúen independientemente o se hallen incomunicados.

Dispone dicho anexo que si bien las normas e instrucciones obligan con fuerza de ley a todas las personas que se encuentren en las zonas de operaciones y/o combate según determine la norma, no pudiendo imponerse obligaciones innecesarias o que lesionen la intimidad o los deberes de conciencia.

Por ello, incurrirá en esta figura típica el militar facultado para emitir esta clase de instrucciones y que, a través de ellas, someta a la población civil a restricciones arbitrarias, lo que deberá ser evaluado con sentido casuista por el juzgador.

Se recuerda que el Anexo II de la Ley 26.394¹⁴² establece un procedimiento penal militar para tiempo de guerra y otros conflictos armados, que da prioridad al procedimiento previsto para el tiempo de paz, es decir, a través de los jueces naturales del Poder Judicial de la Nación, “...salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestamente insuperables y la demora en el juzgamiento pudiera ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate (art 1 anexo citado)..

Me remito también a los comentarios a los artículos 250 bis y 252 segunda parte.

4. “...o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona”.

En esta figura el militar, en ocasión de ejercer sus funciones, ejerce cualquier tipo de violencia contra cualquier persona, figura comisiva amplia, y que puede perfectamente ocurrir en tiempo de paz en ocasión de alguna función propia de las que le corresponden constitucionalmente a las Fuerzas Armadas.

¹⁴² Para un detalle de este procedimiento especial, ver la citada norma.



En este caso, si bien también estamos frente a una figura autónoma, probablemente la misma se presente en concurso con algún otro tipo delictivo.

Consumación Y Tentativa.

Siguiendo a FIGARI¹⁴³, el delito se consuma cuando en el emprendimiento de la operación militar ya hay movilización de efectivos, vehículos, etc. Admite la tentativa.

Agrega que el uso de las armas se consuma cuando por lo menos se amenaza, es atípica la mera portación y es necesario que el arma -de fuego- se accione. Dice que aquí no parece factible la tentativa. En mi opinión creo que la mera portación ya sería típica, salvo que se entienda al término “usare” como accionar la misma.

Dice también al autor a quien seguimos en esta parte que en el sometimiento a la población el delito se consuma cuando se produce una restricción a la disponibilidad de cualquier bien jurídico a un número indeterminado de personas. Expresa que tampoco parece posible la tentativa, aunque algunos lo admiten.

Finaliza diciendo que todos son delitos dolosos de dolo directo. No obstante puede funcionar el dolo eventual respecto de los elementos normativos, porque será típico cuando el autor duda de la vigencia o la existencia de una orden, de la necesidad, etc y continua su accionar sin importarle.

Particularidades De La Figura.

Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

¹⁴³ Ver comentario al art 249 bis, nota 10.



Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Art. 253 ter: *“Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de un conflicto armado o de asistencia o salvamento en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas, o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado”*

Antecedentes De La Norma.

Ver comentario al artículo 249 bis del Código Penal. A ello podemos agregar que surge del Mensaje de Elevación al Honorable Congreso de la Nación¹⁴⁴, en relación con esta norma lo siguiente: “Así, como por ejemplo, en lo referente al Capítulo IV del Título V del Libro II del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar vigente –que se refiere a las infracciones de los deberes del centinela, violación de consigna- se resolvió abandonar el casuismo utilizado por la regulación e incorporar una única norma al Código Penal que reprima la conducta del militar que por imprudencia, negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de un conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares (artículo 19 del Proyecto que incorpora un artículo 253 ter al Código Penal).

Bien Jurídico Protegido.

Refiere FIGARI¹⁴⁵ que con esta norma se pretende proteger el desempeño correcto de funciones y servicios que prestan los militares, puniendo su inidoneidad.

¹⁴⁴ Ver comentario al art 249 bis, nota 2.

¹⁴⁵ Ver comentario al art 249 bis, nota 10.



Sujeto Activo.

Con respecto al carácter de militar, nos remitimos a lo explicado al comentar el artículo 249 bis y lo que establece la reforma del artículo 77 del Código Penal (art 1, Anexo I, Ley 26.394).

Tipo Objetivo

Hecha esta aclaración, debemos tener presente que nos encontramos frente a un tipo culposo, existiendo como figura dolosa similar la prevista en la segunda parte del artículo 252, a la que también nos remitimos.

La norma que comentamos rige tanto en situación de conflicto armado o en tiempo de paz – referencia a “asistencia o salvamento en situación de catástrofe”-, siendo de público y notorio la intervención de las Fuerzas Armadas de la Nación en ocasión de este tipo de catástrofes con su personal y sus medios logísticos, lo que potencia la posibilidad de la perpetración de esta figura.

En lo que se refiere al concepto de “tiempo de conflicto armado”, me remito al comentario al artículo 250 bis.

Consumación y Tentativa.

Expresa FIGARI¹⁴⁶ que es un delito de resultado porque ha de producirse la muerte de una o más personas o pérdidas materiales; en relación con la tentativa, no parece factible que pueda existir la misma debido al carácter culposo de la figura típica, en la que el resultado se produce sin ser buscado.

Particularidades De La Figura.

¹⁴⁶ Ver nota anterior.



Tal como ya fuera dicho en ocasión de comentar el artículo 249 bis, de configurarse este delito se excitará el procedimiento disciplinario por la falta gravísima que prevé el artículo 13, inciso 22 del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Anexo IV de la Ley 26.394).

Por último, cabe dejar aclarado que de resultar un delito más severamente penado, esta figura sería absorbida por aquel.

Norma Procedimental.

Dispone el artículo 1 del Anexo II del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que: “Los delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el Juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”. Para el conocimiento de este procedimiento especial, me remito a la citada norma (Ley 26.394, anexo II).

Norma Disciplinaria.

Tal como se hizo en ocasión de comentar el artículo 252, 2º párrafo del Código penal, no puede dejar de destacarse que existe en el citado código una figura culposa relacionada con esta figura penal; así, establece el artículo 13, inciso 16 la figura de la falta gravísima de la negligencia en el servicio, que es aquella que comete: “El militar que en tiempo de guerra o durante operaciones militares, perdiere la unidad militar a sus ordenes, provocare daños a la tropa o al equipamiento, restringiere el cumplimiento de las tareas u objetivos encomendados o desaprovechare la ocasión oportuna para llevarlas a cabo, por no tomar las medidas preventivas necesarias, no solicitar con debida antelación el auxilio requerido o actuar con negligencia o imprudencia notoria y grave”.

Esta figura carece, como se puede observar, del resultado de muerte o muertes o las pérdidas materiales del tipo penal que comentamos.

