



Denegación y Retardo de Justicia

Por **Ernesto Eduardo Domenech**

Con la colaboración de Verónica Bilczyk y Ariel Simone.

Art. 273: *“Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno (1) a cuatro (4) años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.*

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales”.

Art. 274: *“El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis (6) meses a dos (2) años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”.*

Bien Jurídico Tutelado en el Capítulo XI:

En los delitos que analizaremos a continuación, se sancionan conductas (dolosas) en las que determinados funcionarios (que, de acuerdo al rol que ocupan, revisten calidades especiales), mediando el conocimiento de la ley, incumplen con los deberes propios de y a sus cargos de una manera especial, ya sea mediante el retardo como a través de la paralización de la actividad que les compete (sea que se nieguen a juzgar, o a perseguir a personas punibles, y/o retarden dichas acciones).

En estos figuras se sanciona particularmente a quienes con su actuar (u omisión) ponen en riesgo los derechos de los individuos y de la sociedad que en forma directa o indirecta acuden a la judicatura en busca de la resolución de sus conflictos.

Donna, citando a Núñez, sostiene que se estas figuras buscan proteger la recta administración de justicia frente a la conducta de funcionarios públicos y jueces que tienden a paralizar o enervar la



acción protectora del Poder Judicial, y de los derechos individuales y colectivos. En similar sentido, el mismo autor cita el concepto de bien jurídico tutelado dado por Creus y Laje Anaya en sus respectivas obras (DONNA: 434).

Marco Antonio Terragni sostiene que la ley intenta asegurar que el juez cumpla con el deber que la sociedad le ha impuesto y además, que lo haga en el plazo asignado para ello por la legislación (TERRAGNI: 362). En refuerzo, cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Nación en el cual se expusieron las jerarquías de los bienes en juego: “...*Se ha señalado que la dilación injustificada de la dilucidación de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e injustificado perjuicio a quienes los invocan. La garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión...*”¹. En similar sentido, Guillermo Navarro afirma que lo que en ambas hipótesis se castiga es que el juez no resuelva cuando es su deber hacerlo (NAVARRO: 88).

Matzkin señala en forma detallada que hay cuatro niveles de derechos protegidos, vinculados con estas garantías y, sin perjuicio de que como veremos no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico la forma culposa, considera que estos delitos se relacionan con las causas que coadyuvan a la situación de crisis que implican un retardo de justicia y afectan la administración, provocando en los hechos un retardo de justicia al que califica como “*una demora que incide negativamente en la satisfacción de la garantía del individuo a la Jurisdicción, lo que supone el cumplimiento deficiente por parte del Estado de una de sus funciones esenciales*” (RUSCONI: 73).

La **tutela judicial continua y efectiva** se encuentra consagrada en el art. 15 de la Constitución de la Prov. de Buenos Aires, que en su art. 168 establece que: “*Los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales. Los jueces que integran los tribunales colegiados, deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas*”.

Por su parte, el art. 8 inc. 1º de la Convención América de Derechos Humanos garantiza que: “*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la*

¹ CS, fallo del 11 de abril de 2000, Sosa Eduardo. LL, 2000 E-186.



determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Se debe tener especialmente en cuenta la injusticia que provoca el excesivo e injustificado paso del tiempo. El C.P.P., reiterando la garantía del segundo párrafo del art. 15 de la Constitución Provincial, establece en el art. 2 que *“toda persona sometida a proceso tiene derecho a ser juzgada en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas. El retardo en dictar sentencia o las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.”*. También merece una consideración especial el problema de la duración de las medidas cautelares²; que se agrava cuando se trata de medidas de carácter personal en los procesos penales: la prisión preventiva³. En este último supuesto podrá existir algún concurso ideal con las figuras del prevaricato del art. 270.

Será entonces la protección de una administración de justicia ágil y atenta a las peticiones de las partes, la que justifique que estas conductas sean reprochables con penas.

Figuras Delictivas del Artículo 273 del C.P.:

Art. 273.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

Conductas delictivas:

- 1) El juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad de la ley.
- 2) El juez que se negare a juzgar so pretexto de insuficiencia de la ley.
- 3) El juez que se negare a juzgar so pretexto de silencio de la ley.

² Un ejemplo reciente de ello es el fallo de la Corte Suprema que fijó un límite temporal “razonable” para la medida cautelar de no innovar otorgada a favor del grupo Clarín por la cual se suspendía la aplicación de la nueva ley de medios (Nº 26.522) en su perjuicio; a los fines de armonizar el interés general en la aplicación de la ley frente a la defensa del derecho individual de propiedad afectado (*Fallo Expte. G. 589. XLVII, del 22 de mayo de 2012, Grupo Clarín S.A. y otros s/ Medidas Cautelares*).

³ Las leyes procesales penales contienen disposiciones relativas a la razonabilidad del encarcelamiento preventivo: el art. 2 ya aludido, y específicamente el art. 141 (texto según ley 13.943) reglamentan en el fuero penal la garantía del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y la del inciso 3 del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires dictó un fallo plenario en la que se planteó la cuestión de si es posible fijar temporalmente el plazo máximo razonable de duración del encarcelamiento preventivo (Causa 5627, del 30 de noviembre de 2006, en: www.scba.gov.ar).



4) El juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

En el art. 273 del C.P. existen entonces 4 figuras delictivas distintas, a las que pueden añadirse las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

El Tipo Objetivo:

Los sujetos punibles y consecuencias.

El artículo sanciona sólo a los jueces. No menciona, a diferencia de lo que ocurre en el art. 269, ni a los árbitros ni a los amigables componedores. Para especificar el significado de la expresión “juez” nos remitimos a los análisis realizados en el comentario al art. 269.

Esta expresión no involucra a otros funcionarios públicos. Éstos, en el caso de negarse a decidir por los mismos pretextos que los jueces, podrían cometer los delitos previstos en los artículos 248 y 249 del C.P.. Ahora bien, ante este supuesto podrían ser reprochados penalmente en calidad de cómplices, pero nunca de autores.

Autores como Buompadre sostienen que el artículo 273 del C.P. sí abarca a los árbitros, debido a que al ser designados por las partes (convencionalmente), pasan a integrar el Poder Judicial como miembros de la judicatura, ya que tienen que ejercer la jurisdicción y administrar justicia. Sin embargo este razonamiento es analógico, y está vedado en la interpretación de las descripciones de conductas punibles, por transgredir el denominado principio de legalidad, que se tornaría insignificante si se pudiese razonar por analogía. Por otra parte el propio texto del Código Penal ha previsto los supuestos en los que es posible equiparar a los jueces con los árbitros o amigables componedores. Además no es lo mismo el proceso de designación de los jueces (cuyas condiciones de idoneidad son controlables por una serie de requerimientos previos a través de los Consejos de la Magistratura y que implican a dos poderes del estado, el poder ejecutivo que propone y el senado que debe prestar su acuerdo) que la de los árbitros o amigables componedores que dependen del acuerdo de las partes.



Las acciones punibles:

Las acciones punibles son dos:

- Negarse a juzgar pretextando obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.
- Retardar maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

La primera de las acciones punibles implica una decisión de no juzgar, la segunda configura una omisión (retardar maliciosamente) tras haber sido intimado el juez y haberse vencido los términos legales.

Veamos cada una.

Negarse a juzgar pretextando obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

La decisión de no juzgar debe ser pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. En este sentido el Código Penal reitera la formulación contenida en el art. 15 del Código Civil.

Las leyes están escritas en lenguajes naturales alguna de cuyas características son la vaguedad o la vaguedad potencial, es decir la existencia, cierta o probable de casos que forman parte de una zona gris de significación, que implican, de alguna manera una suerte de “oscuridad” o “insuficiencia de la ley”.

En algún supuesto la excesiva laxitud de un texto legal, es decir su vaguedad extrema, puede llegar a ser considerado lesivo de garantías constitucionales como la prevista en el art. 18 de la C.N..

El Código Civil contiene reglas expresas para la resolución de estos casos en el art. 16 que remite a principios de leyes análogas o principios generales del derecho. Pero en la resolución de casos penales, el razonamiento analógico está considerado prohibido en la medida en que pueda vulnerar el art. 18 del C.N., el llamado “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

Sin embargo la cuestión es mucho más compleja porque el razonamiento analógico (desde el punto de vista lógico) puede encontrarse legalmente establecido (como ocurre en ciertas fórmulas legales, como la del art. 172 del C.P.) y puede no ser empleado para “condenar” al imputado, sino para o bien no proseguir el juicio o absolverlo.

En ciertos casos, determinados silencios de la ley (como por ej. la prescripción de la pena de inhabilitación en el art. 65 del C.P.) pueden implicar agravios contra garantías constitucionales (la igualdad ante la ley, o la razonabilidad de una ley) que justifiquen algún tipo de razonamiento



analógico.

Las reglas del Código Civil valoradas también son útiles para la resolución de los casos de silencios de la ley denominados “lagunas” del derecho, en tanto se trate de cuestiones civiles. No de cuestiones penales.

Ahora bien *¿Qué ocurre si un juez se niega a decidir por otros pretextos?*

En estos casos existen otras previsiones aplicables del Código Penal. Tal el caso del art. 248. Lo curioso es que la pena prevista en este caso es mayor que la prevista en el art. 273 porque impone dos penas conjuntas, una privativa de libertad (prisión de un mes a dos años) y otra inhabilitación especial (de dos meses a cuatro años)

¿Qué significa el negarse a juzgar? ¿Qué decisiones involucra?

En realidad se trata de una decisión (un hacer) que implica un no hacer (no juzgar). Se trata de un requisito legal que ha hecho decir a los autores como Soler o Molinario, que es hipotético y en la práctica “inaplicable” (FONTAN BALESTRA: 343).

No existe un catálogo de acciones del tipo de decisiones que el juez decida no llevar adelante. De modo que podrían variadas, desde sentencias hasta resoluciones y otro tipo de providencias, sea en el principal o en las diversas incidencias. Lo decisivo es que el Juez deba, en un momento determinado juzgar, es decir, decidir sea de oficio (por una manda legal) o a petición de una parte que merezca respuesta en forma oportuna.

Ahora bien *¿Se niega a juzgar quien no resuelve un planteamiento de competencia, o de recusación?* Son estos actos de verdadera decisión que condicionan la estructura de los procesos, y no sería razonable excluirlos, sobre todo en aquellos casos en los que responden a peticiones expresas de partes o magistrados.

El retardo malicioso de la administración de justicia

Esta acción (el retardo malicioso) exige una conjunción de condiciones:

- . El vencimiento de los términos legales.
- . El requerimiento de las partes.

En el texto legal se exige la conjunción de ambas circunstancias, pero no se establece un orden temporal para esa conjunción. No se exige que primero se hayan vencido los plazos y luego



deba existir el requerimiento de las partes. De este modo ni el sólo vencimiento de los plazos, ni el sólo requerimiento de las partes, permitiría ser calificado en los términos del art. 273 del C.P., lo cual no implica que el vencimiento de los plazos pueda dar lugar a otro tipo de responsabilidades para el juez.

En este sentido es claro el rol protagónico de las partes pues sin su requerimiento no es posible que el retardo malicioso se configure. Se trata entonces de una condición de punibilidad que no depende del sujeto punible, y que se ha llamado, curiosamente, condición “objetiva” de punibilidad. Sin este requerimiento no es posible llegar a la punibilidad de los retardos que, eventualmente, pueden provocar otros tipos de sanciones.

El vencimiento de los plazos legales sí es, en cambio, otra condición de punibilidad que opera con el transcurso del tiempo.

El texto del Código Penal alude a los plazos legales, es decir los que se establezcan por medio de leyes. ¿Involucra plazos determinados de otro modo?

Núñez entiende que involucra los plazos para decidir que fijen los tribunales superiores (NUÑEZ: 158), pero no pareciese que los plazos fijados por estos tribunales sean plazos “legales” porque a los Tribunales no les es dado dictar leyes. No obstante puede ocurrir que ciertos Tribunales Superiores posean facultades reglamentarias determinadas por las leyes de procedimiento, en cuya virtud fijen ciertos plazos.

¿Dónde se regulan los plazos y cómo se computan?

Los plazos de los actos procesales están fijados por las leyes de procedimiento que, por lo general, poseen regulaciones generales y otras vinculadas a determinados actos en especial, como indagar o dictar una prisión preventiva. La forma de computar los plazos está regulada por el Código Civil en los artículos 23 a 29. No obstante ciertos plazos se cuentan con fracciones de días o en horas y están regulados en otros cuerpos legales. En el cómputo de los plazos deben tenerse en cuenta también las decisiones de los tribunales superiores vinculadas a las ferias judiciales, u otras cuestiones que afecten la forma de computarlos.

¿Qué significa el retardo de la “administración de justicia”?

La expresión no es la misma que la del primer párrafo que dice “*negarse a juzgar*”, aunque de todos modos no puede ser interpretada al margen del texto en el que se ha redactado. En este



sentido tiene que ser una actividad reglada, con términos, y en el que participen partes que insten el cumplimiento de ciertos actos a los que tiene derecho. Puede incluir por ejemplo, peticiones de audiencia, proveídos de prueba, llamamientos de autos. No son por cierto actos sin importancia. Son actos de gestión que pueden implicar severas consecuencias como la pérdida de pruebas, o la prescripción de las acciones. La valoración de la entidad de estas consecuencias es posible hacerla al ponderar los motivos de atenuación o agravación regulados en los arts. 40 y 41 del C.P..

¿Qué implica un retardo “malicioso”?

La malicia en el retardo de la administración de justicia comprende situaciones de hecho e intenciones. De este modo la existencia “objetiva” de causas justificadas de retardo (ejemplos de ello son los casos donde al Juez se le otorga licencia o los supuestos donde la demora se debe a sobrecarga de trabajo), impide que ese retardo sea “malicioso”.

La ausencia de maliciosidad no implica que el Juez no pueda enfrentar sanciones no penales, disciplinarias o políticas. En relación a las intenciones y la malicia nos referiremos al tratar “las intenciones”.

El tipo subjetivo: Las intenciones.

¿Cuáles deben ser las intenciones del juez que se niega a juzgar, o del que retarda maliciosamente la administración de justicia?

El supuesto contemplado en el primer párrafo es un delito **doloso**. En el juez debe mediar el **conocimiento** del deber que tiene de juzgar y la **voluntad** de negarse a hacerlo por las razones enumeradas en la ley.

El texto legal no exige “malicia” en esta figura delictiva. Sí, en cambio, en el retardo del segundo párrafo una vez que se han vencido los plazos y se ha intimado al juez.

También este último debe ser intencional, pues se exige que sea **malicioso**.

Pero ¿Qué significa esta expresión?

El Código Penal no posee una definición del término “malicioso”. Si la tiene el Diccionario de la Real Academia Española, que caracteriza lo malicioso, como aquello que contiene malicia, que a su turno caracteriza en la acepción 4ta. acepción como “cierta solapa o bellaquería con que se



hace o dice una cosa, ocultando la intención con que se procede”.

Donna sostiene que la **malicia** es la “*intención encubierta con la que se dice o hace algo, para obtener un resultado que daña a otro*” (DONNA:440).

Esta caracterización, sin embargo, pareciese requerir que el retardo provoque un resultado, un daño, que no es una exigencia legalmente establecida. No obstante es posible pensar que lo malicioso radica en una intención de retardar, a pesar de las intimaciones recibidas y el vencimiento de los plazos operados. Claro que esta forma de interpretar la malicia lleva a pensar que la intención de retardar es inequívoca cuando después del vencimiento de los plazos ha existido una intimación.

Para una interpretación de este tipo no sería indiferente el orden en que deben darse las condiciones legalmente exigidas para la configuración de un retardo, pues una intimación aun no vencidos los plazos, sería poca significativa como indicador de un obrar “malicioso”, que, en cambio, sería más probable si el juez ha sido intimado previamente por la parte.

Claro que si la malicia indica de alguna manera el obrar con maldad, con la intención de provocar a otro un perjuicio, en esos casos podría pensarse que el perjuicio consiste en la demora misma que provoca deliberadamente el juez.

¿Qué ocurre si el juez ha obrado con otras intenciones o motivos como el “ánimo de lucro”?

En estos casos es posible que se puedan aplicar otras agravantes genéricas como la prevista en el art. 22 bis del C.P..

La Tentativa y la Consumación.

El delito previsto en el primer párrafo del art. 273 del C.P. se consuma con la negativa (negativa explícita o implícita en una providencia).

Núñez expresa que es necesario que ante el pedido de parte o de oficio, explícita o implícitamente el juez se niegue a resolver una cuestión legalmente planteada, por lo que admite la negativa tácita (NUÑEZ:156).

Pero la negativa informal no basta. Ahora bien ésta podría hacer incurrir al juez en el delito de omisión de los deberes del funcionario público.

Tal como lo destacamos anteriormente, no requiere consecuencia adicional alguna. Basta el perjuicio mismo y directo de la propia negativa (independientemente de que pueda existir un perjuicio, el cual puede tener incidencia en la individualización de la pena, conforme pautas de los



arts. 40 y 41 del C.P., la existencia o no de un daño, resulta indistinta para su configuración).

Es un delito de “mera actividad”. Es por ello que no admite tentativa (la doctrina es conteste en el sentido expuesto, de que el delito en cualquiera de sus formas comisivas no admite tentativa). Lo mismo con el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo en cuestión, que tampoco admitiría tentativa y se consumaría con el mero retardo.

Ahora bien, esta afirmación podría encontrar reparos, según cuál fuera la interpretación que se le asignara a la fórmula de la tentativa.

En efecto, hay quienes llegarían a la misma conclusión que hemos expuesto. Éstos serían quienes sostienen la postura que considera al acto ejecutivo como un acto propio del comienzo de realización de la acción expresada en el verbo principal del “tipo”.

En consecuencia, serían quienes opinan justamente lo contrario, los que admitirían la tentativa en los delitos que como éste - *de “mera actividad”* - extienden la posibilidad de que se admita el reproche por la tentativa ante la comisión de actos que sin penetrar en “tipo” son realizados con la finalidad de cometerlo. Es decir, a lo que darían relevancia es a la finalidad del autor, de modo tal que con la sólo realización de esos actos (que exhibieran el claro designio de cometer el delito) bastaría para admitir la posibilidad de tentativa.

Ahora bien, Qué ocurre si un juez repone una sentencia dictada y no notificada a las partes (conf. art. 109 del C.P.P.B.A.)? ¿El delito habría quedado en grado de tentativa? O, ¿estaríamos en presencia de un desistimiento voluntario? Entendemos que esta última sería la aplicable al presente caso.

Escalas Penales.

El Código Penal, tanto en los supuestos previstos en el primero como en el segundo párrafo del artículo 273, reprime al juez que incurra en dichas conductas con **inhabilitación absoluta de uno a cuatro años**.

Es decir, la especie de pena (art. 5° del C.P.) es la de inhabilitación absoluta temporal, de modo tal que la prescripción de la acción penal prevista para este delito es sólo de un año (art. 62 inc. 4° del C.P.).

Por otro lado, independientemente de los reparos que la omisión legislativa presenta en el art. 65, y que por razones de brevedad me abstendré de desarrollar en esta instancia, es dable mencionar



que el C.P. no regula la prescripción de la pena inhabilitación, a la que ya nos hemos referido al analizar el prevaricato. Finalmente, en relación a la especie de pena, debe señalarse que como consecuencia directa de ésta (la pena de inhabilitación) no resultaría viable beneficiar al imputado de este delito con el instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba⁴. En este sentido corresponde señalar que existe actualmente una tendencia jurisprudencial contraria a este tipo de interpretaciones restrictivas⁵.

De todos modos la suspensión del juicio a prueba no puede concederse cuando participan funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

La calidad de funcionarios públicos de los jueces hace además que se suspenda el curso de la prescripción, mientras persistan en las funciones propias de esos cargos.

La Participación.

Quienes no revistan la calidad específica detallada al analizar los sujetos punibles, sólo podrían ser perseguidos penalmente y eventualmente condenados en calidad de instigadores o partícipes (en cualquier grado, a excepción de las figuras de encubrimiento, que son sancionadas de modo autónomo), del delito que aquéllos cometieran en connivencia con éstos⁶.

⁴ “...Si nuestro código penal no acepta la suspensión de la pena de inhabilitación, no advierto de qué modo podría interpretarse, sin basamento expreso en el texto de la ley y en función de una lectura parcializada de los antecedentes parlamentarios que el artículo 76 bis. permita en esos casos suspender el juicio, siendo que éste es el presupuesto necesario para la efectiva imposición de dicha pena...”. (Sala II, sentencia del 20 de diciembre de 2001, en causa n° 6287: Lourteau, Carlos Ariel s/Recurso de Casación, Registro 1016/2001).

⁵ “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 – causa N° 28/05” S.C.A. 2186, L.XL” y “sentencia N. 326. XLI de Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Abril de 2008, Actor: Norverto Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P.”. En aplicación de estos criterios: “...se ha entendido que la interpretación que se impone es aquella que no contempla como obstáculo a la procedencia de la suspensión del proceso a prueba que el delito de que se trate tenga prevista pena de inhabilitación, a menos que lo sea en la modalidad absoluta (CNCPN: Sala IV en causas n° 10.690 “Gallardo”, rta. El 12/06/09, y n° 5365, “Norverto” rta. el 30/06/09; Sala I, en causa n° 10.672 “Reynoso”, rta. el 27/03/09; CCC: Sala VII, en causa n° 37.656 “Pérez Fernández”, rta. 10/11/09 –voto de la mayoría–; Sala V en causa n° 37.881 “Barrera”, rta. el 21/10/09; y Sala VI en causa n° 38.021 “Constantino”, rta. El 28/09/09). Ergo, la pena de inhabilitación prevista en el artículo 20 bis del Código Penal no incide en la solución del caso...” (Causa N° 776/10 - “B., C. L. s/ suspensión de juicio a prueba” – CNCRIM Y CORREC - SALA IV - 18/06/2010. Fdo.: Alberto Seijas - Carlos Alberto González - Julio Marcelo Lucini.- Ante: Hugo S. Barros – Secretario.).

⁶ “...La participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible. Si se trata de un delito especial, como por ejemplo un delito propio de un funcionario público, al partícipe le será aplicada la pena del intraneus, aunque debería ser atenuada...”. Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal. Segunda edición ampliada y profundizada*. Editorial Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2002. Página 104.



Figuras delictivas del artículo 274 del C.P..

Art. 274.- El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Conductas delictivas.

1) El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

El artículo 274 del C.P.P. prevé **una** posibilidad, además de las agravantes genéricas contempladas en el C.P. y leyes complementarias.

El Tipo Objetivo.

Los sujetos punibles y consecuencias.

La figura sanciona al funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo esté obligado a promover la persecución y represión de los delincuentes.

La expresión funcionario público está caracterizada en el art. 77 del Código Penal. Involucra a quienes participen accidentalmente o en forma permanente en la función pública.

La determinación de la obligación de promover la persecución y represión de “delincuentes”, requiere un examen cuidadoso de la legislación procesal de cada jurisdicción. En la Provincia de Buenos Aires estas obligaciones recaen sobre el Ministerio Público Fiscal (regulado por la ley 12.061 en la Provincia de Buenos Aires y por el art. 56 del C.P.P.B.A.) y sobre la Policía de la Provincia de Buenos Aires. (Reglamentada por el C.P.P.B.A, art. 293 y la ley 12.155). Los funcionarios públicos no encargados de la persecución y represión de delincuentes tienen, sin embargo la obligación de denuncia prevista en el art. 277 inc. d) del C.P.

Estas peculiares condiciones que deben reunir los sujetos punibles hace que autores como Donna los denomine delitos especiales, ya que el obligado solamente puede ser un funcionario



público competente para la persecución y represión de los delitos (DONNA:443). En idéntico sentido se expresa Mariano Matzkin (RUSCONI:73).

¿Qué ocurre con los funcionarios que deben perseguir a los contraventores?

Para Núñez, en razón de la expresión “delincuentes” no podrá serle reprochada la conducta aquí prescripta a quienes en razón de su cargo tuvieren como obligación la persecución y represión de los contraventores (NÚÑEZ:159).

Ante estos casos correspondería procesar (y eventualmente, juzgar y condenar), a los funcionarios que tienen como obligación la de perseguir a los contraventores, pero en función del delito de omisión de los deberes del funcionario público, ya mencionado a lo largo del presente en reiteradas ocasiones (arts. 248 y ss. del C.P.). A nuestro entender, ésa sería la figura penal aplicable.

¿Qué ocurre cuando el fiscal en la legislación local “dispone” de la acción?

La disposición de la acción penal es una cuestión que ha suscitado controversias en relación a su regulación vinculadas a la jurisdicción que pueda reglamentarlas. Tradicionalmente las acciones han sido materia de regulación por los Códigos Nacionales (Civil, comercial, penal), pero se afirma que, al ser materia procesal, corresponde a las Provincias esa facultad. En la Provincia de Buenos Aires se han reglamentado algunas formas de disposición de la acción por parte del Fiscal, que pueden generar dificultades en relación a este tipo de delito.

Otro problema radica en la forma como se estructura el Ministerio Público cuando posee una organización jerárquica en virtud de la cual el Procurador, por ejemplo, puede dar indicaciones o directivas a los integrantes del Ministerio Público encargados de la promoción de la acción penal. En estos casos se impone el análisis de la medida en la cual los integrantes del Ministerio Público, puedan, o no, ampararse en la obediencia debida como una circunstancia capaz de eximir de pena. No es posible dar respuestas genéricas a este tipo de dificultades. En primer lugar porque no existe una interpretación uniforme sobre la caracterización de la obediencia debida cuando una orden no es legal. Y en segundo lugar porque debe tenerse en cuenta la singularidad del crimen que se deja de perseguir. Los crímenes aberrantes, han sido excluidos de esta eximente. No se trata por otra parte de personas u órdenes jerárquicos que puedan invocar sin mayores precisiones errores de derecho, o la imposibilidad de revisar la legalidad de una persona. De todos modos la cuestión, eventualmente, podría llegar a involucrar a quien ha dado la orden.



Ahora bien, la posibilidad de que los Jueces sean sujetos activos de esta clase de delito, depende del sistema procesal que habilite o no al ejercicio de la acción penal en todos los casos (sistemas inquisitivos) o que sólo, como excepción le permitan proceder de oficio a la instrucción de causas.

Creus agrega, “...*si la noción de promoción no se limita al significado de iniciar, sino que comprende también el de continuar lo ya iniciado, no se advierte por qué los jueces tienen que quedar excluidos como agentes del delito...*” (CREUS:363).

Es esta opinión la que compartimos, ya que en ese aspecto no habría razón para limitar su responsabilidad, sea cual fuere el sistema vigente, inquisitivo, acusatorio o cualquiera de ellos en su forma atemperada.

Las acciones punibles.

La acción reprimida es una **omisión**. Concretamente la de dejar de promover la persecución y represión de delincuentes.

En primer término vale destacar que la figura utiliza la conjuntiva “y” entre las acciones de perseguir y reprimir, de modo tal que si no se omiten ambas acciones el delito no se configuraría.

¿Qué significa la expresión promover la persecución?

No son estas expresiones definidas en el propio C.P. El verbo *promover* implica tanto iniciar como adelantar un cosa procurando su logro, según la acepción aplicable del Diccionario de la Real Academia Española. De modo entonces que denotaría las acciones destinadas a iniciar la persecución y represión de una persona como las destinadas a llevar adelante estos procesos, al individualizar un autor y coleccionar modos de acreditar su participación y su responsabilidad penal.

El Código Penal emplea la expresión “delincuente”, una palabra usual al momento de sancionarse el C.P. en contextos de ideas inspiradas en el positivismo criminológico; pero que hoy puede poseer una connotación peyorativa o descalificadora.

¿Involucra a un conjunto de personas “los delincuentes” o basta que se deje de perseguir a un delincuente? ¿Qué es lo que significa esta palabra? ¿Involucra a las personas que han sido condenadas por un delito, o simplemente a aquellas a las que se atribuye un delito?

El uso en plural de la palabra delincuentes no implica que sólo deban dejar de perseguirse a



conjuntos de delincuentes, a asociaciones ilícitas, o bandas, o hechos con pluralidad de imputados. Frecuentemente en el texto del C.P. existen alusiones a “*los que*”, como sinónimos de “*el que*”. Se trata de caracterizaciones que “distribuyen” una propiedad en un conjunto. Porque los delincuentes no son ni más ni menos que delincuentes cada uno de los sujetos involucrados.

Pareciese que una interpretación demasiado estricta que entendiéndose que delincuente es sólo aquella persona condenada por la justicia no guardaría armonía con el resto del texto en el que se inserta, ni sería demasiado razonable. ¿Qué funcionario podría conocer cuáles son las personas condenadas para saber si debe o no perseguirlas?

Sobre todo cuando los funcionarios públicos frecuentemente enfrentan hechos cuyos autores desconocen, pero a los que deben localizar al cabo de sus acciones e investigaciones.

De modo entonces que existen buenas razones para interpretar que la expresión “delincuentes” alude a las personas imputadas y/o condenadas por la comisión de delitos.

Con esta caracterización de la palabra “delincuentes” quedarían excluidas la persecución y represión de contraventores. No se emplea esta palabra para designar a quienes han cometido delitos, y no es relevante que muchas acciones que fueron contravenciones sean luego delitos, o que al juzgamiento de las contravenciones se les aplique, supletoriamente, el C.P. o el C.P.P..

¿Deben ser excluidas también aquellas personas que puedan ampararse en circunstancias eximentes de pena, como los inimputables, los que hubieran obrado justificadamente o sin intenciones? ¿Podrían ser excluidas estas personas o lo relevante es la mera imputación? La punibilidad depende de muchos factores que son objeto de investigación, prueba y sentencia en los procesos penales, pero que se dilucida una vez localizada la persona a quien se imputa un hecho punible. Son por lo demás valoraciones que no compete realizar a buena parte de los funcionarios públicos que deben promover la persecución y represión de delitos.

Una pregunta interesante es ¿*Se debe promover la persecución y represión de delincuentes condenados*? Pareciese claramente que sí cuando no se ha presentado para el cumplimiento de la pena o cuando la ha incumplido si ese incumplimiento implica la necesidad de perseguirlo para que complete el cumplimiento de alguna manera, cuando la pena se quebranta, o cuando ha cometido un nuevo delito.



Una dificultad añadida consiste en determinar la obligación del funcionario de perseguir y reprimir la comisión de un delito.

Esta obligación no se encuentra determinada en el C.P., y es necesario recurrir a la legislación de otras jurisdicciones para hacerlo. Eventualmente, también a los acuerdos interjurisdiccionales destinados a la persecución y represión de delitos. No obstante el modo como el C.P. regula el ejercicio de las acciones penales también es necesario para determinar la obligación de persecución. De este modo el ejercicio de las acciones penales públicas es oficioso, pero no sucede lo mismo cuando se trata de acciones privadas, o de aquellas que dependen de la instancia privada cuando los damnificados o agraviados no las han instado.

En este sentido es importante determinar la competencia para promover la persecución y represión de delitos y los límites de esa competencia, que es la que enmarca la obligación de persecución y represión, una faena que exige un repaso cuidadoso de las características del caso y de las leyes nacionales y provinciales aplicables para examinar el deber de perseguir.

Ahora bien, más allá de la obligación de persecución y represión de delincuentes, *¿qué significa la expresión persecución y represión de delincuentes?*

Cuando en el texto legal se hace referencia a la expresión **persecución**, se la vincula con toda aquella actividad de individualización, aprehensión y localización de los “delincuentes” entre otras tantas que puedan ser útiles a tales fines.

El término **represión**, hace mención a toda la labor que pueda desplegarse una vez que la persecución de los “delincuentes” da sus resultados (favorables) y una vez que éstos son habidos e individualizados. Es decir cuando se procede a la investigación, enjuiciamiento y aplicación de sanciones sobre ellos, entre las principales operaciones que puedan ser abarcadas por el concepto de represión.

En definitiva, la **persecución y represión** hace referencia al deber judicial (o no) de practicar todas las diligencias necesarias como así también la instrucción de sumarios o investigaciones preparatorias para comprobar la existencia de un delito (*la ley se refiere expresamente a delincuentes y no a delitos, aunque todos los autores no reparen en ello*), descubrir y aprehender a sus autores o cómplices.



Ahora bien, tal como fuera destacado al inicio de este punto, lo que se castiga es una omisión. Pero, ¿a qué tipos de omisiones alude la expresión legal? ¿Cualquier omisión es relevante? Pareciese que lo decisivo es que se trate de omisiones fundamentales en la actividad de persecución y represión de delincuentes.

Ejemplos de omisiones serían el no adelantar una investigación ya iniciada, no dar inicio a una investigación que aún no ha tenido lugar, entre otras que podrían mencionarse⁷.

El tipo subjetivo: intenciones y malicias.

¿Cuáles deben ser Los conocimientos y las actitudes de quien ha dejado de promover la persecución y represión de delincuentes?

La doctrina responde a esta pregunta afirmando que es un delito **doloso**.

Pero no existe un acuerdo claro sobre como se debe concebir al “dolo”, ni se analizan, con detalle, las formas con que suele subdividirse al dolo (directo, eventual, necesario) en relación a las figuras delictivas que se analizan.

La eximente prevista que permite eludir la punibilidad cuando se acredite que su omisión provino de un inconveniente insuperable permite inferir que, al menos, es indispensable que el funcionario público conozca su deber y que conozca la omisión en el cumplimiento.

En el texto del C.P. no se menciona, en cambio, la malicia como ocurre en otras disposiciones.

El conocimiento de esta omisión es un indicador de su tolerancia a menos que existan circunstancias que las desvirtúen.

Ciertamente la fórmula puede merecer reparos para quienes entiendan que es necesario que el funcionario conozca la omisión de su deber, porque implicaría, de alguna manera, una inversión a la carga de la prueba que no le corresponde, precisamente, al imputado en un proceso. Y, en estos casos, podrían repetirse polémicas y argumentaciones como las que se han esgrimido en el enriquecimiento ilícito.

¿Qué ocurre si el funcionario omitiera el cumplimiento de su deber por ánimo de lucro?

⁷ Una omisión típica sería aquélla que ocurriera cuando hubieran transcurrido los plazos determinados (ya sea mediante ley o reglamento) o el tiempo durante el cual la intervención funcional sería oportunamente eficaz.



No es posible dar una respuesta única y acabada, porque si ese ánimo estuviese relacionado con la recepción de una dádiva entonces serían aplicables las disposiciones del cohecho.

Y si no lo fueran deberían ser aplicadas las reglas del art. 22 bis del C.P..

Si la omisión del funcionario público fuese en cumplimiento de una promesa anterior al delito que ha omitido reprimir, entonces otra sería la calificación legal de su conducta, que, en ese caso debería ser considerada como una forma de participación secundaria en el delito que no ha perseguido (*C.P., art. 46*).

Claro que si esa omisión fuese una condición necesaria del delito que se omite reprimir esa participación sería primaria (*C.P., art. 45*).

Todas las variaciones de las actitudes del sujeto punible no sólo condicionarán la calificación legal de actuación, sino que podrán ser meritadas como circunstancias de agravación o atenuación de la pena aplicable (*C.P., arts. 40 y 41*).

Una actuación negligente en el conocimiento claro de los deberes, o en el estado de las actuaciones que deba llevar adelante, no serían punibles en virtud de estas disposiciones legales, pero pueden generar otro tipo de responsabilidades, penales o no.

Escalas Penales.

Como regla general (ya veremos la excepción) el artículo prevé que se aplicará como pena al funcionario público que incurra en este delito, la **inhabilitación absoluta de seis meses a dos años**.

Desde el punto de vista valorativo la escala penal no parece muy consistente en su comparación con las de otros delitos como el incumplimiento de los deberes de funcionario público (*Art. 248*) o el encubrimiento (*Art. 277*), que prevén acciones análogas, con penas más graves por el tipo de pena (*Art. 5*), o porque se prevén más de una. Eventuales concursos ideales (*C.P., art. 54*) harían aplicables estas escalas más graves.

El análisis de las consecuencias jurídicas de este tipo de penas puede leerse al tratar las escalas de los delitos previstos en el art. 273.

En este sentido, a fin de no reiterar aspectos tratados al analizar las escalas penales de los delitos previstos en el artículo 273 del C.P. (dada la idéntica especie de pena), es que en honor a la brevedad nos remitimos a los argumentos allí desarrollados.

Sólo resta destacar que, resulta desafortunada la redacción final del artículo en cuanto señala, que: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la



persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años,”.

Entiendo que resulta desafortunada dicha redacción, por distintas razones: porque la “regla” allí establecida (prueba del inconveniente insuperable, que elimina el tipo), implica una inversión de la carga de la prueba (a pesar de que siempre haya que probarse la omisión del imputado) por la que podría alegarse la inconstitucionalidad de la norma (en lo particular) pues violaría garantías constitucionales, como así también porque resulta sobreabundante⁸ ya que, de probarse (que la omisión provino de un inconveniente insuperable) estaríamos en presencia de una causa de justificación a la que le resultarían aplicables la o las disposiciones previstas al respecto en el Título Quinto del Libro Primero de Código Penal (*C.P., art. 34 y ccs.*).

Por otro lado, la regla aquí cuestionada resulta ser además una cuestión procesal inserta en un Código de fondo, siendo esta una expresamente materia no delegada al Gobierno Nacional por las Provincias (es decir, competencia pura y exclusivamente reservada a los entes provinciales, conf. art. 121 en concordancia con el art. 75 inc. 12°, ambos de la Constitución Nacional).

Finalmente, vale destacar que ante la eventual existencia de un concurso ideal (*C.P., art. 54*) el artículo 274 del C.P., que podría resultar aplicable, prevé una pena significativamente menor que la del encubrimiento (concretamente, en relación al art. 277 inc. 1° apartado “d” agravado por el inc. 3° apartado “d” del C.P.).

La tentativa y la Consumación.

¿Puede tentarse el delito que analizamos? ¿Es compatible con la tentativa?

La doctrina responde diciendo que es un delito instantáneo y por lo tanto incompatible con la tentativa. Se consuma – se afirma - cuando se vencen los plazos que el funcionario tenía para cumplir con su obligación.

Se consuma con la omisión de la actividad debida, sin necesidad de consecuencias perjudiciales adicionales, basta con la sola omisión del deber de promover, en definitiva no es más que una omisión del funcionario – particularmente sancionada - de cumplir con los deberes

⁸ Sobreabundante porque esa expresión: punibilidad a menos que haya existido un inconveniente insuperable que elimine el tipo, es una norma que está demás, porque regula sobre aspectos ya previstos en nuestro ordenamiento jurídico.



inherentes a su cargo.

Como consecuencia de ese modo de consumación, el delito no admitiría tentativa. Los autores en forma uniforme sostienen este criterio.

Pero no es una respuesta sencilla para nada. La persecución de una infracción penal sólo es viable cuando la acción penal se ha extinguido de alguna manera. Si se extingue por la muerte del imputado ya no tiene sentido alguno la persecución. Pero el problema subsiste con la extinción por prescripción que posee períodos extensos para que opere relacionados con la gravedad del delito cometido, y, por lo demás contados de un modo muy especial que se suspende en ciertos casos y se interrumpe en otros, por ejemplo cuando quien lo ha cometido, comete un nuevo delito. Es decir que dependen de la localización y de la persona imputada.

Tampoco los plazos procesales son ciertos, porque pese a que las investigaciones tienen tiempos para ser realizadas, mientras no transcurra la prescripción de la acción (o eventualmente de la pena), la persecución debe mantenerse.

Es que en muchos casos lo castigado es la mera omisión, no el mero incumplimiento de plazos procesales o de prescripción.

El incumplimiento de los deberes puede perfectamente frustrar todas las investigaciones si es que no se ha realizado oportunamente, en especial cuando el delito recién se ha cometido, pues, como sostienen los criminalistas *“el tiempo que pasa es la verdad que huye”*.

Por otra parte si un hecho se puede o no tentar depende no sólo de la descripción legal de que se trate sino de los modos como se interpreten las reglas de la tentativa, como ya lo hemos expuesto; y de las características de las acciones que se juzguen. Un funcionario podría ocultar una actuación para que transcurran plazos legales y otra persona encontrarla, sin que estos plazos hayan transcurrido. Un caso que merecería una discusión pormenorizada.

Los plazos suelen estar reglamentados en las leyes procesales o en los decretos reglamentarios de éstas. En principio, como regla general, deben computarse desde el vencimiento de los mismos, según en la normativa expresa estén establecidos, o de lo contrario, teniendo en cuenta lo previsto por el Código Civil (*Título II: “Del modo de contar los intervalos del derecho”, arts. 23/29*).



La Participación.

Si bien es un delito que requiere una calidad específica para ser considerado autor (tal como lo desarrollamos en la cuestión pertinente), aquéllos que no revistan tal calidad, pero que actúen mediando connivencia con quien sí la revista, puede ser sancionados (o al menos perseguidos penalmente) en cualquier grado de participación.

Igual criterio es el que debe seguirse ante la instigación de este delito (*conf. art. 45 –última parte- del C.P.*). En este sentido, si quien instiga el delito previsto en el presente artículo 274 del C.P. no reviste los caracteres propios que a nuestro entender debería de todos modos sancionárselo en su carácter de instigador, siempre que se den los elementos propios de la instigación y el delito en cuestión, haya sido al menos tentado o consumado.

Al respecto por la similitud de este supuesto, es que en honor a la brevedad, nos remitimos a los argumentos desarrollados al tratar este aspecto en el análisis del art. 273 del C.P..



Bibliografía

CREUS, Carlos; y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Derecho Penal. Parte Especial. 2. 7º Edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 2007. Págs. 347 y ss.

DE LA RUA, Jorge. Código Penal Argentino. Parte General. 2da edición. Ed. Desalma. 1997

DOMENECH, Ernesto Eduardo. En: Responsabilidad penal y funcionarios públicos. Capítulo II del Libro Responsabilidad de los funcionarios públicos dirigido por Carlos A. Echevesti. Editorial Hammurabi. José Luis Depalma editor. Buenos Aires, año 2003. Página 150.

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Administración pública. Tomo III. Ed. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires. Págs. 433 y ss.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. Parte Especial. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1975. Págs. 327 y ss.

RUSCONI, Maximiliano (Compilador). Delitos contra la Administración de Justicia. Doctrina, Jurisprudencia y legislación comparada. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2001.

MORENO, Rodolfo (Hijo). El Código Penal y sus Antecedentes. H.A. Tommasi, Editor. Buenos Aires. 1923. Tomo IV.

NAVARRO, Guillermo Rafael. Prevaricato del juez y el abogado. Denegación y retardo de Justicia. Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2003.

NÚÑEZ, Ricardo. C. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la administración pública. Delitos contra la fe pública. Tomo Quinto, Volumen II.* Editorial Marcos Lerner. Editora Córdoba. 1992.

PAOLINI, Jorge Omar. El Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios. Ed. La Ley. 1992.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo V. Ed. Tipográfica Argentina. 1988. Págs. 270 y ss.

TERRAGNI, Marco Antonio. Delitos propios de los funcionarios públicos. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza. Primera reimpresión. 2005.

Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española. Por D. Roque Barcia. Tomo Cuarto (P – SZOP). F. Seix Editor. Pág. 399.

