



Atentado contra la Autoridad

Por Matías Alejandro Mancini y Leonardo Pitlevnik

Art. 237: *“Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.”*

Art. 238: *“La prisión será de seis meses a dos años:*

1 Si el hecho se cometiere a mano armada;

2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;

3 Si el culpable fuere funcionario público;

4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.”

Introducción:

1.- Las figuras penales de las que nos ocuparemos a continuación inician el título de delitos contra la administración pública que contiene catorce capítulos y presenta delitos de diferente índole.

Podríamos ensayar una clasificación de los delitos que conforman dicho título y decir que un grupo prevé la acción punible desplegada por un particular que afecta a la administración pública *desde fuera* de ella. Vemos, por ejemplo, al atentado contra la autoridad, la resistencia y la desobediencia a ésta, la falsa denuncia y el falso testimonio. En estos casos, la administración pública es un cuerpo al que se ataca mediante la fuerza, la mentira, el ocultamiento, la omisión de la acción debida.

Otro grupo de hechos disvaliosos está constituido por aquellos que cometen quienes, en representación de la administración pública o valiéndose de ésta, la utilizan en beneficio propio o de terceros. En estos casos, la acción proviene desde *el interior* de la propia administración. Conductas de esta clase pueden verse, por ejemplo, cuando jueces mantienen a personas detenidas más allá de los plazos legales, cuando los funcionarios aceptan dádivas o exigen indebidamente su pago a un tercero.

El ordenamiento penal busca proteger a la administración *en dos frentes*: el exterior y el interior.¹

2.- Los delitos con los que comienza el capítulo inicial del título en cuestión pertenecerían al primer grupo. Corresponde que nos preguntemos entonces qué aspecto de la administración pública se pretende proteger con la tipificación del atentado contra la autoridad, la resistencia a ésta y la desobediencia. Hay cierto consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que el bien jurídico sería la libertad de los agentes públicos de tomar y ejecutar decisiones relativas a su función. En el mismo sentido, D'Alessio se ha referido a la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de la función pública (D'Alessio, p. 1165).

Algunas opiniones distinguen los bienes jurídicos que tutelarían estas figuras legales. Así, pues, puede citarse a Donna, para quien los tipos penales son diferentes y se excluyen entre sí en función de proteger diferentes bienes jurídicos (Donna, p. 34). Afirma este autor: “El interés social protegido por medio de la incriminación de esta conducta [el atentado] es, entonces, de un modo inmediato, la libertad de determinación del funcionario, vale decir, su libertad de decisión en su fase funcional. Mediatamente, lo que queda resguardado es la libertad de la administración pública en todas sus facetas...” (Donna, p. 38). Al referirse a la resistencia a la autoridad, dice: “El bien jurídico es la acción libre del funcionario público. La resistencia lesiona el orden de la administración pública, atacando el ejercicio de la libertad funcional, de modo que es la libre acción del funcionario público lo que el tipo penal protege inmediatamente, y mediatamente, el orden de la administración.” (Donna, p. 58). La desobediencia, para el autor citado, resguarda “...la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad, vale decir que mientras estén vigentes se torne ineludible su aplicación” (Donna, p. 85).

En los casos concretos, la distinción entre libertad de acción y libertad de decisión se puede volver difícil. Baste pensar en una decisión que ya ha sido tomada por la autoridad pero cuya ejecución aún no ha comenzado. Si bien se podría tratar de un acto de atentado —no hay orden en vías de ejecución—, lo cierto es que la libertad en sentido estricto tampoco se habría lesionado sino en su posibilidad de volverse acto.²

La diferenciación entre el atentado contra la autoridad, la resistencia y la desobediencia debería efectuarse a partir de la distinta estructura típica que presentan. Estos delitos tienden a confundirse en el

1 Carrara efectuó una clasificación de delitos cometidos contra la justicia pública basada en un criterio similar. Distinguió aquéllos ejecutados por personas privadas contra personas públicas, los perpetrados por personas públicas contra particulares, los cometidos por personas públicas contra otras públicas y los de particulares contra otros particulares. La categorización de los dos primeros grupos se asemeja a la que hemos expuesto al inicio del comentario. En la tercera incluyó la corrupción electoral y el fraude electoral. En la cuarta ubicó el ejercicio arbitrario de derechos, la cárcel privada y el duelo (Carrara, t. 7).



imaginario social al punto de quedar unidos en uno, con la misma facilidad con la que se repiten duplas como *premeditación y alevosía* o *culpa y cargo*. Incluso en las carátulas de ciertos expedientes se ha llegado a ver la inclusión de ambas denominaciones como si fueran indistintamente aplicables a un solo hecho. Mencionan Fontán Balestra y Millán la frecuencia de sentencias que confunden ambos tipos penales, especialmente cuando se trata de resistencias en las que el autor caería en alguna de las agravantes del atentado (Fontán Balestra y Millán, p. 356).

En el caso de la desobediencia, ésta parece quedar oculta tras la resistencia a la autoridad.

Se producen así dos efectos extraños: Por un lado, la unificación de dos conductas que aparecen descritas en dos tipos penales incompatibles —atentado y resistencia—; y, por otro, la indiferenciación de dos supuestos distintos contenidos en un mismo precepto —art. 239 del CP—.

3.- En este apartado nos ocuparemos de las divergencias entre el atentado y la resistencia. Para ello, comenzaremos con las ideas vertidas en el fallo plenario “Palienko” de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, del año 1947, por tratarse de un precedente que sigue siendo citado por la doctrina y la jurisprudencia y continúa alimentando el análisis de ambos tipos penales.

El motivo de convocatoria de dicho plenario había sido, justamente, la determinación de las diferencias entre ambas figuras. Se resolvió en aquella oportunidad lo siguiente:

a) Comete atentado contra la autoridad el que, por los medios del art. 237 del CP —intimidación o fuerza—, se impone —exige— al funcionario público para que éste haga o se abstenga de hacer —ejecución u omisión— un acto propio de su función que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado.

b) Hay atentado, también, de parte del tercero, cuando éste ejercita violencia sobre el que ha comenzado ya su acción directa sobre otra persona para imponerle algo y esta persona “no ofrece resistencia”.

c) Existe resistencia, si la persona se opone, valiéndose de medios violentos, a la acción directa del funcionario sobre ella ejercida para hacerla cumplir algo. Si el tercero coadyuva a esta

2 Fontán Balestra y Millán dan el ejemplo del funcionario policial que se dirige a un lugar donde hay desorden y que, antes de llegar, es obligado mediante intimidación a retirarse, por lo que no puede actuar del modo en que habría decidido. Coincidimos con los autores en que se trataría de un caso de atentado. Ya diremos por qué. (Fontán Balestra y Millán, p. 360).

resistencia, incurre en las responsabilidades de la participación en el mismo delito y en los términos de los arts. 45 o 46 del CP.

El plenario permitió que se superaran algunas de las dudas que se planteaban en torno a estas figuras. Expondremos sucintamente el contenido de los votos:

Los jueces Pessagno y Speroni integraron una de las minorías de la sentencia. El voto del primero, al que adhirió el segundo, señaló: (a) el atentado se puede configurar haya o no haya una orden anterior a la conducta del sujeto activo; (b) la resistencia requiere una orden previa; y (c) la distinción entre ambos delitos radica en que la resistencia no tiene “la fuerza ni la intimidación del atentado”.

El voto del juez Ure conformó la voz cantante de la mayoría. A él adhirieron los jueces Oderigo, Medina, Soldani y Malbrán —estos tres últimos se acoplaron en todo salvo en lo que respecta a la conducta del tercero que interviene en la acción comenzada del funcionario; en ello adhirieron al voto del juez Beruti—. Sostuvo la mayoría lo siguiente: (a) La existencia de actos de violencia no puede ser usada como pauta para diferenciar estos delitos; (b) el criterio de distinción más importante es temporal, es decir, habrá resistencia cuando la violencia se despliega y el acto funcional está en vías de ejecución, sino, habrá atentado; (c) este criterio no soluciona el difícil caso en el que el acto funcional está en vías de ejecución y el sujeto activo impone su omisión; aquí debe considerarse que en el atentado hay una “imposición” —con acto empezado o no— y en la resistencia hay una “oposición” —con acto empezado (y no terminado) y orden concreta—; y (d) el tercero resiste cuando se opone con violencia a un acto que se está llevando a cabo.³

El Juez Beruti fue parte de la mayoría. A su voto adhirieron de manera general los jueces Santa Coloma y Malbrán y, sólo en lo que hace a la conducta del tercero, los jueces Medina y Soldani. Según este tercer criterio: (a) el empleo de violencia no es un criterio de distinción; (b) puede producirse un atentado si no comenzó una acción directa contra alguien; de todas formas, atenta el tercero [no destinatario de la orden] que ejerce violencia a pesar de que la acción haya empezado, si el destinatario de la orden no se resistía; y (c) resiste el sujeto que se opone a una acción sobre ella y el tercero que ayuda al que resiste.

3 Este voto nos obliga a dejar planteados algunos interrogantes. Al tratar el caso que a su juicio no puede ser resuelto con el criterio temporal, Ure distingue entre “oposición” e “imposición” pero no señala cuál sería el contenido de cada expresión. También hace alusión a la existencia de una orden concreta en el caso de la resistencia. ¿Cuál sería el criterio de distinción? ¿la diferencia entre una “oposición” y una “imposición”, o la existencia de una orden concreta? ¿Es lo suficientemente diáfana la referida diferencia como para sustentar el encuadramiento de una conducta en un tipo penal o en otro? Además, ¿es la referencia a una orden concreta un criterio de distinción coherente con otros párrafos del mismo voto? Nótese en este sentido que se dice en el voto que puede haber atentado a pesar de existir un acto en vías de ejecución. Ello contradiría la parte resolutive del fallo —que requiere que el acto funcional no haya comenzado— a menos que entendamos que habla del atentado del “tercero”. Sin embargo, Ure señala que el tercero que se opone a un acto llevándose a cabo, resiste a la autoridad.



El juez Vera Ocampo, que integró la mayoría, señaló que el atentado consiste en la imposición de un acto elegido por el particular, y la resistencia implica la oposición a un acto dirigido a alguien.

En definitiva, de la lectura del fallo en cuestión se desprende que el atentado implicaría, en general y conforme la postura dominante, la imposición de un acto positivo no dispuesto voluntariamente por el funcionario o la imposición de la omisión de un acto no comenzado. También habrá atentado por parte de un tercero —aquél a quien no se ha dirigido la orden directa de un funcionario— cuando ejerza violencia contra un funcionario para imponer algo, aun cuando la acción ya haya comenzado, siempre que el destinatario no se estuviera resistiendo. Habrá resistencia cuando el sujeto activo se oponga con violencia a un acto comenzado y contra él dirigido. Si un tercero ayuda en esta resistencia, se aplicarán las reglas de la participación.

Las ideas vertidas en el caso “Palienko” continúan siendo útiles al momento de interpretar los delitos en cuestión. En ambos injustos debe existir algún grado de violencia. Se distinguen mediante el criterio temporal, es decir, debe determinarse si ha comenzado o no la ejecución de un acto dirigido contra el sujeto activo. Este parámetro cede en un caso: Aun con un acto en vías de ejecución habrá atentado si el tercero ejerce violencia contra el funcionario, siempre y cuando no participe en la resistencia ejercida por el destinatario de la orden.⁴

4.- Sin perjuicio de los criterios de distinción ensayados, debemos reconocer que la diferencia entre el atentado y la resistencia no anula toda posibilidad de entrecruzamiento, pues, como ocurre en toda categorización, la fluidez de la realidad se opone a ser encasillada en un compartimento en el que sólo caben conceptos. Hemos pretendido fijar estándares que faciliten una resolución previsible de los casos pero ello presenta grandes limitaciones. Un ejemplo sería un atentado contra un funcionario que, ante la reacción de éste o de otra autoridad que acuda en defensa de la administración, se convirtiera en resistencia. Es decir, la conducta de quien pretende imponer una acción a la autoridad puede derivar en un comportamiento destinado a impedir la ejecución de una orden. Se trata de un *continuo*, por lo que es difícil determinar si la

4 El caso de aquél que no es destinatario de la orden y que ejerce violencia puede considerarse un supuesto de superposición parcial de espacios típicos entre el atentado y la resistencia. El primero tendría los siguientes elementos típicos: (a) Sujeto activo, (b) actividad del funcionario desplegándose, (c) ejercicio de violencia contra funcionario para contrarrestar ese despliegue, y (d) falta de una orden concreta dirigida al sujeto activo. Si reemplazamos el elemento (d) por el (d') consistente en la existencia de la referida orden, nos encontramos frente a una resistencia. Así planteada la cuestión, podría alguien postular que estamos frente a un concurso de leyes en el que debe aplicarse el principio de especialidad. Ahora bien, ¿qué tipo debe considerarse especial?, ¿cuál sería el más detallado?

resistencia, como delito menor —sólo por su mínimo—, queda absorbida por el atentado anterior o si puede separarse como un acto diferente. Si no se escinde el segundo tramo puede darse el curioso caso de que se aplique la figura agravada del atentado con el empleo de armas (arts. 237 y 238 inc. 1° del CP) si en la segunda etapa del comportamiento hubo una oposición armada.

También se dificulta la tipificación, conforme señala Abraldes (pag. 68), en los casos de actos administrativos complejos constitutivos de procedimientos en los que se intercalan distintos actos del particular.

Por su parte, Fierro (pag. 13), contra las opiniones de Donna y Soler, menciona que la resistencia no requiere forzosamente una “disposición ejecutable contra alguien”, es decir, puede no hacer falta que exista un destinatario concreto. Para este autor, la reacción de los vecinos que impiden el actuar policial que intenta incautar un automóvil con pedido de secuestro activo conforma una resistencia y no un atentado. Ello, aunque la acción de la autoridad no vaya dirigida contra alguien (el sujeto involucrado en el ilícito anterior puede ser desconocido). Se aprecia aquí que en caso de que la autoridad dirija su accionar contra una persona que no se resiste, habría atentado de parte del tercero que ejerce violencia. En cambio, cometería el delito de resistencia el tercero cuando el acto de la autoridad se dirige contra una cosa.

Asimismo, puede resultar problemático que el código incluya como supuesto de atentado a aquél que se realiza contra “la persona [privada] que le prestare asistencia [al funcionario público] a requerimiento de aquél”. La reforma de la ley 17567 había suprimido este supuesto. Fontán Balestra y Millán afirmaban la razonabilidad de esa modificación, en virtud de que el particular carece de función pública. Por ello, no se le puede imponer que haga o deje de hacer algo relativo a funciones de las que carece (Fontán Balestra y Millán, p. 362). En el caso de la resistencia la disposición es más razonable, pero en el del atentado, es difícil imaginar de qué manera se puede atentar contra quien colabora con la autoridad, pues dicho colaborador no parece tener capacidad de decisión que pueda ser coartada previamente por quien sería autor del delito.

Art. 237 del Cód. Penal. Atentado contra la autoridad:

“Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.”

1.- La ley lo define como el empleo de intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. La pena prevista es de un mes a un año de prisión.



Una de las primeras dificultades que se presentan al analizar la normativa es determinar qué debe entenderse por “funcionario público”. Nuestro Código Penal se refiere a aquél en sus dos libros. En el tercer párrafo del art. 77 se establece que “por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.”⁵

En razón de la amplitud que tiene la definición transcrita, es discutible que la Ley 25188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública haya extendido su significación.

2.- La ley prevé que el acto exigido al autor sea propio de sus funciones. ¿Qué sucede con los casos en los que son de competencia del funcionario prácticas que formalmente —de acuerdo con la reglamentación vigente— le son ajenas? Se trata de actos que, en estamentos públicos precarios, se ven acrecentados por la delegación de funciones o la desaparición de límites precisos. Por ejemplo, podemos mencionar a los secretarios que redactan sentencias, a los residentes que asumen obligaciones de médicos de planta, a los suboficiales que realizan actos reservados a funcionarios de mayor jerarquía. Una interpretación estricta del art. 77 del CP auspiciaría concluir que en estos supuestos, no hay atentado.

Cuando se exige un acto ajeno a la competencia funcional del coacto podría configurarse una tentativa inidónea de atentado o un delito de amenazas coactivas. Calificar la conducta de este último modo presenta la particularidad de que la pena conminada supera la prevista para el atentado. Ello es ejemplo de la falta de coherencia del Código Penal. En efecto, el art. 237 prevé una pena de quince días a un año de prisión para el que afecta mediante fuerza o intimidación la libertad de decisión del sujeto pasivo y el buen desempeño de la administración pública, mientras que el segundo párrafo del art. 149 bis sanciona con pena de dos a cuatro años de prisión al que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.⁶

5 El art. 240 del CP establece que, a los efectos de los dos artículos anteriores —hoy por hoy, 238 ter y 239—, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiese aprehendido a un delincuente en flagrante delito. Independientemente de la censurable utilización del término “delincuente”, con respecto a este precepto se pueden reeditar la crítica y la defensa que mencionáramos al abordar la inclusión como sujeto pasivo de los delitos bajo estudio del particular que colabora con un funcionario.

6 Un problema similar se observa al estudiar los delitos de exacciones ilegales (art. 266 del Cód. Penal) y de extorsión (art. 168 del Cód. Penal).

3.- Por último, debemos mencionar que la ley no establece como requisito para tener por consumado el delito que el funcionario realice el acto exigido.

Si bien hay quienes sostienen que esta figura no admite la tentativa, parece posible imaginar el caso de quien envía un mensaje intimidatorio a través de un tercero o de una carta pero su amenaza nunca llega a destino.

Art. 238 del Cód. Penal. Agravantes del atentado: “La prisión será de seis meses a dos años:

1 Si el hecho se cometiere a mano armada;

2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;

3 Si el culpable fuere funcionario público;

4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.”

Las circunstancias agravantes previstas en el art. 238 del Cód. Penal sólo se aplican respecto del atentado. Ello, en razón de que el precepto en cuestión no menciona cuál sería la conducta respecto de la cual deben predicarse las circunstancias especiales relatadas en la norma. Dichos extremos sólo pueden referirse a un comportamiento previsto con anterioridad en el Código.

Sería de una inaceptable técnica legislativa que el Código Penal enunciara en un primer momento las circunstancias accesorias, modificativas de un elemento principal, y luego se ocupara de dicho elemento.

1. Si el hecho se cometiere a mano armada.

La expresión que contiene el precepto se refiere a la comisión del atentado mediante el empleo de un arma. Debemos responder dos preguntas centrales: ¿la figura contempla el uso de armas “propias” e “impropias”? y ¿el arma en cuestión debe aumentar el poder ofensivo del sujeto activo o basta con que acreciente sus posibilidades de intimidación?

Las respuestas que ofrezcamos se apoyarán en el fundamento que demos a la agravante. Se ha discutido si éste consiste en la mayor intimidación o en la mayor puesta en peligro a los bienes jurídicos. Vale



recordar que un debate similar se ha sucedido antes de la última reforma del artículo 166 del Cód. Penal y otro se produce al momento de interpretar el delito de amenazas con armas.

En el presente caso, entendemos que el fundamento de la mayor pena consiste en el aumento en la puesta en riesgo de los bienes en juego. Esta interpretación pretende otorgar la mayor armonía posible al Código de Fondo. Veamos:

Unánimemente se viene señalando que el “robo con armas” —a secas— es aquél que se comete con un adminículo que aumenta la ofensividad. El robo llevado a cabo con un arma de utilería o con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada tiene menos pena que aquél y encuentra su razón de ser en la intimidación desplegada. Los atentados cometidos mediante la utilización de “armas” —a secas— aumentan el riesgo que corren los bienes jurídicos por lo que les cabe la figura agravada. Por la misma razón, se aplica la agravante en el caso de armas “propias” y armas “impropias”.

La solución que proponemos se ve auspiciada por una interpretación sistemática del Código.

Por su parte, Donna señala que “...la pena se agrava debido al mayor poder intimidante del medio utilizado, que lleva a que sea más difícil la defensa de la víctima, y con ello se facilita la acción del autor del hecho. Soler, *sin embargo*, ha sostenido que la agravante no tiene relación con el real peligro corrido por la víctima.” (Donna, p. 51). Luego afirma: “En síntesis, para esta posición se incluyen en la categoría las armas propias e impropias, siendo suficiente que tengan aptitud ofensiva u defensiva. Es que la agravante tiene como base que con arma se intimida, y que el autor sabe que las puede utilizar, lo que le da mayor poder intimidatorio, desde el punto de vista subjetivo.” (Ibídem).

Asimismo, según D’Alessio la agravante se funda “...en el mayor poder intimidante que posee quien emplea un arma, así como también en las menores posibilidades de defensa y en el mayor peligro corrido por la víctima.” (D’Alessio, 1ª ed., p. 766).

Se aprecia, pues, que, aunque los autores citados se refieren al poder intimidante, la exigencia de mayor peligro termina imponiéndose como requisito. Es decir, el arma debe tener aptitud para cumplir sus fines.

2. Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas.

Suele sostenerse que el fundamento de esta agravante reside en la mayor intimidación que genera

esta modalidad delictiva (confr. Donna, p. 53, y D'Alessio, 1ª ed., p. 767). El mayor temor se produciría en virtud del aumento del riesgo de afectación a la administración.

El hecho debe cometerse por un grupo de cuatro personas como mínimo. En razón de que el precepto se refiere a una reunión, entendemos que los cuatro sujetos deben hallarse presentes al momento del atentado. No todos tienen que desplegar la misma conducta ni hacerlo en el rol de coautores, aunque deben tener un grado de participación punible. En este sentido, Donna tiene dicho: "Tal como lo explicita agudamente Tozzini, la preposición `por` empleada por la ley tiende a dar dinamismo al tipo y señala la necesidad de que la `reunión de más de tres personas` atente contra el funcionario, de modo tal que si, por ejemplo, de los cuatro agentes reunidos uno asumiera un papel pasivo, de simple contemplación, no se daría la forma agravada." (Donna, p. 54).

Donna afirma: "Cada una de las personas reunidas puede haber concurrido para imponer un acto distinto del funcionario. Lo relevante, como ya se dijo, es que ejerzan conjuntamente, en igual tiempo y espacio geográfico, intimidación o fuerza sobre el sujeto paciente." (Ibídem). No podemos compartir esta interpretación. Ello, en virtud de que el Código menciona "el hecho" que se cometiere por una reunión. Por tal término entendemos "el atentado". Éste no importa únicamente el empleo de fuerza o intimidación, sino que también requiere de la imposición de determinada conducta al funcionario. Por tal razón, los miembros de la reunión deben imponer el mismo comportamiento, de lo contrario habría varios atentados simples.

No es necesario que se configure una "banda". Una reunión no necesita de aquellos elementos que muchas veces suelen ser asignados al concepto de banda. La división de roles, el liderazgo, la calidad de coautores en los intervinientes, por ejemplo, no son requisitos de una reunión. En este sentido, tiene dicho Donna que "[e]l elemento objetivo del tipo `reunión` indica que los atentados deben estar presentes en el lugar y momento del hecho, bastando la agrupación accidental o eventual en aras del objetivo típico: el de atentar en forma conjunta; de tal forma, no se exige plan o concierto previo." (Ibídem).

Por último, se ha preguntado la doctrina si la agravante se configura cuando hay inimputables en la reunión de cuatro personas. Donna responde que, para que así sea, todos deben haber entendido el acto (ibídem). Por nuestra parte, entendemos que la presencia de inimputables partícipes del delito no es óbice para la condena de quien tenga plena capacidad. Ello, en razón de que la exclusión de la pena se basa en cuestiones de culpabilidad. El tipo penal agravado ha sido completado por todos los intervinientes.

3. Si el culpable fuere funcionario público:

En este caso se agrava la pena exclusivamente en razón de la calidad que inviste el sujeto activo —



funcionario público—. De dicha calidad surgiría la mayor obligación que tiene éste de respetar la Administración Pública. Donna ha afirmado que “el particular que según el caso quede equiparado a funcionario por la aplicación del artículo 240 del Código Penal, no es susceptible de quedar atrapado por este inciso, por una parte, y, por otra, no es necesario que el agente actúe en el ejercicio de sus funciones y abusando de ellas, vale decir, que no es indispensable que haya relación entre la función que se ataca y la que se desempeña. Por lo tanto, agravará el tipo tanto el funcionario policial o juez que quiera imponerle un acto a la autoridad, que tenga que ver con sus funciones, como el autor que es funcionario de cualquier otra área, que nada tenga que ver con el hecho en sí.” (Donna, p. 55). Del mismo modo, Soler ha señalado que “[e]n el inciso tercero no se hace diferencia alguna con respecto a la naturaleza de la función pública desempeñada por el funcionario público, de manera que la agravación parece fundada exclusivamente sobre la calidad que inviste el autor, de la cual derivaría una obligación reforzada de respeto genérico a los demás órganos del Estado” (Soler, p. 102). Se manifestaron de idéntica manera Argibay Molina (p. 304) y Jorge Buompadre (p. 58).

Creus agrega que “[a] la infracción que constituye el delito se suma el desprecio por la observancia de las normas que garantizan el funcionamiento de los demás órganos del Estado y que el funcionario, en cuanto tal, debe observar, con mayor cuidado que el ciudadano común; la Administración, por lo tanto, se ve doblemente ofendida: por la lesión propia del delito y por la lesión al deber de respetar sus procedimientos que tiene el funcionario que actúa dentro de ella.” (Creus, p. 56).

En efecto, debe aplicarse la figura agravada aun cuando el hecho se cometiera sin mediar abuso de su función o cargo, pues el deber jurídico del funcionario es de mayor entidad que el de un particular.

Puede utilizarse como sostén normativo de esta interpretación la citada Ley de Ética en la Función Pública. La mayor obligación de los funcionarios así como su “deber extra” podrían apoyarse en el art. 2 inciso “a”, que manda a tales funcionarios a cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno.

4. Si el delincuente pusiere manos en la autoridad:

La expresión “poner manos en la autoridad” es de carácter metafórico. Este estilo podría ser criticado desde una perspectiva de técnica legislativa. De todas formas, no es común que se cuestione este precepto desde el punto de vista del principio de legalidad, que demanda claridad en la ley penal. Este inciso

rige en nuestro país desde hace muchos años y hay consenso en cuanto a que se refiere a "...ejecutar actos de fuerza sobre la persona del sujeto pasivo, siempre que el autor no obre a mano armada. Ejemplo: aplicarle golpes, empujones o sujetarlo." (D'Alessio, 1ª ed., p. 767). En el mismo sentido, Donna señala "... que la acción consiste en el contacto físico entre el autor y su víctima." (Donna, p. 57).

Un sector de la doctrina entiende que el tipo agravado se superpone con la propia figura básica. Por este motivo, aquél sería inaplicable (confr., por ejemplo, Donna, p. 57). D'Alessio hace suya la posición de Molinario y afirma "...que el problema es irresoluble: siempre que el autor emplee violencia en contra del sujeto pasivo se dará el tipo calificado, lo que dejará sin contenido a la figura básica. En consecuencia entiende que, además de inaplicable, la figura es violatoria del *non bis in idem*." (D'Alessio, 1ª ed., p. 768).

Si, como señalaban Fontán Balestra y Millán, la fuerza de la figura básica se corresponde con la fuerza física sobre el sujeto pasivo, no queda margen para la aplicación de la agravante que se analiza (Fontán Balestra y Millán, p. 358).

Quienes sostienen que no se produce una doble valoración señalan que la figura agravada encuentra su razón de ser en la mayor ofensividad de la conducta y el mayor peligro corrido por el sujeto pasivo.

Entendemos que no hay una doble valoración ni una superposición de las figuras, puesto que el atentado puede consistir en imposiciones que no importen el ejercicio directo de violencia sobre la persona del funcionario.



Bibliografía:

Abraldes, Sandro, *Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad*, en Delitos contra la Administración Pública, Revista de derecho penal, Donna (dir.) 2004–I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

Argibay Molina, José F., “Consideraciones sobre el delito de atentado a la autoridad”, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº1-ENERO-MARZO, La Ley, Buenos Aires, 1969.

Buompadre, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, MAVÉ. Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001.

Carrara, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, t. VII, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 1972.

Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

D’Alessio, Andrés, *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte especial (arts. 79 a 306)*, dirigido por Andrés D’Alessio, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009 (1ª ed., 2004).

Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

Fierro, Guillermo, “Resistencia y desobediencia a la autoridad”, en Delitos contra la Administración Pública, Revista de derecho penal, Donna (dir.) 2004–I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 9-29.

Fontán Balestra, Carlos, y Millán, Alberto S., *Las reformas al Código Penal. Ley N° 17.567*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte Gral. T I*, Ed. Civitas Madrid, 1997, (Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal) pag. 1022.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967.