

## Lagunas de punibilidad y la hipoaaccessoriedad en los delitos de infracción de deber

Por Juan Podhainy[1]

*“Cubre el cuerpo cualquier capa  
el placer también demacra  
todo ser busca una tapa  
cada cual cubre su lacra  
cada cual su lacra oculta.  
Aunque en virtudes abunde  
y se juzgue inobjetable  
cuando el humano se hunde  
siempre busca un responsable”*  
Fragmento de la canción  
“Memoria de siglos”, Ricardo Iorio

### **Introito** [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene como objeto discurrir acerca del problema fenomenológico -y su correspondiente recepción normativa- que presentan los llamados delitos de infracción de deber, y -específicamente- respecto de la cuestión de la participación por parte de sujetos no obligados (extraneus) en el hecho principal del sujeto obligado (intraneus).

En particular, aquí se propone vislumbrar cuáles son los argumentos por parte de aquellos que sostienen que resultaría viable dogmática y politicocriminalmente la punición del extraneus que interviene en el hecho del intraneus, cuando éste obra de manera atípica, ya sea de manera vencible, cuando el tipo penal no prevé la morfología subjetiva imprudente, o de modo invencible, cuando el tipo penal reclama -cuanto menos- un hacer imprudente.

Es así que, a la luz de un fallo emitido por la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, publicado en septiembre de 2015, se erige este sucinto análisis.

### **FACTUM** [\[arriba\]](#)

En el marco del proceso de privatización encaramado en la década menemista, siendo uno de sus principales artífices el entonces ministro de Obras y Servicios Públicos, José Roberto Dromi, se comenzó por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel) empresa pública argentina creada en 1946 por el gobierno de Juan Domingo Perón. En dicho proceso se detectaron diversas irregularidades, entre las cuales la transferencia ilegítima de un predio de 241 hectáreas ubicados en General Pacheco a la adquirente Telecom. En dicha operatoria intervino María Julia Alsogaray, interventora de la empresa, junto con Ricardo Jaime Fox (gerente de Contralor y Auditoría de la ex ENTel) y Gustavo Albano Abreu.

La denuncia que iniciara las actuaciones fue efectuada por el actual diputado Manuel Garrido el 29 de agosto de 2000, cuando era director del Área de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción (OA). Dicho organismo será querellante en el debate. Durante la instrucción, se pudo comprobar que el

inmueble, propiedad del Estado y ubicado en la Ruta 197 y las vías del Ferrocarril Mitre, en Pacheco, fue transferido a una empresa privada de manera irregular.

Una vez concluido el debate, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 6 decidió absolver a todos los imputados, excepto a Fox, quien resultó condenado por la comisión del delito de peculado (art. 261 del Código Penal), en calidad de partícipe necesario.

Ante el recurso de casación intentado por la defensa de Fox, la Cámara de Casación decidió confirmar el resolutorio emitido, realizando diversas justipreciaciones que guardan estrecha relación con el motivo de este trabajo.

### **Los fundamentos de la casación** [\[arriba\]](#)

El tribunal, en lo atinente al tópico bajo examen, comenzó fundamentando e individualizando a la persona sobre la cual recaía el deber que debía cumplimentarse durante la operación de traspaso de los bienes al capital privado, vale decir, María Julia Alsogaray, quien contaba con la responsabilidad de su manejo, cuidado y administración.

En segundo lugar, se logró acreditar que Fox, en su carácter de Gerente de Auditoría y Control de ENTel, y como persona de confianza de la obligada intraneus, fue quien tuvo a cargo la negociación asumiendo de manera espuria la representación de la empresa "...incluyendo ardidosamente el predio en cuestión al universo de inmuebles pertenecientes a ENTEL que debían pasar al patrimonio de la Sociedad Licitante de la Zona Norte; lo que, a la postre, permitió la transferencia ilegítima de las hectáreas"[2].

En tercer lugar, al momento de ponderar el aporte de Fox, sostuvo que fue esencial a los fines de la realización del tipo penal "...y fue condicionante de todo el proceso posterior, al haber puesto dolosamente el presupuesto fáctico de la maniobra finalmente perpetrada".

Por último, y en cuanto a su calidad de no obligado (extraneus), puntualizó que su responsabilidad debía tomar la forma de participación necesaria, por carecer del elemento exigido para la autoría del delito de peculado, quien no basta con que sea sólo funcionario público, sino que, además, debe habersele confiado la custodia de un bien, guardando para con éste una relación funcional[3]; aclarando que Alsogaray obró en error de tipo al rubricar el contrato de transferencia de activos en cuestión, en cuanto a la figura de la malversación dolosa o peculado.

Claro está que, a criterio del tribunal, el hecho de que la intraneus haya actuado sin el dolo requerido para la imputación subjetiva de la conducta no afecta la punibilidad del extraneus pues en los delitos de infracción de deber:

"...no es el dolo sino el deber, como lo explica Roxin, el elemento distintivo determinante entre autoría y participación; siendo que la participación, al ser de naturaleza secundaria, no requiere más que una intervención, en este caso necesaria, pero sin infracción a un deber especial..."

En definitiva, el fallo acoge un criterio de accesoriedad mínima, más que minúscula, no requiriéndose más que una acción (sólo) objetivamente típica para la punibilidad del partícipe extraneus.

### **Nuestra crítica** [\[arriba\]](#)

La crítica al fallo citado y a la teoría utilizada será articulada a través de los siguientes apartados:

1) Es menester aclarar que este trabajo se enrola en el criterio de que el partícipe co-realiza, con y mediante el autor, un único injusto, que es aquel definido y estructurado por el tipo penal, al cual se subsume la conducta del autor, integrándose de ese modo al injusto del autor.

Por ello, el partícipe realiza un comportamiento que adquiere su sentido de antinormatividad al estar unido al llevado a cabo por el autor, y es su propia conducta la que le da lugar a la responsabilidad del partícipe y no la del autor[4].

Es importante destacar que se trata de un único injusto, el del autor.

2) Ahora bien, cuando se refiere a los “delitos de infracción de deber”, vale decir, aquellos cuyo injusto se determina sustancialmente por la vulneración de un deber institucional positivo[5]. Entonces, si se unen las dos ideas hasta aquí volcadas, y se somete al supuesto de hecho específico que se está analizando, el injusto del partícipe extraneus estaría caracterizado por la vulneración de un deber positivo, que no tiene (¿?).

Para verificar cuál es el deber positivo es necesario recurrir a la “institución” que lo contenga, entendida en términos de “forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad”[6], sin embargo, siempre dependerá del tipo de institución que esté detrás del tipo penal en cuestión[7], si es positiva, o negativa (neminem laede).

En el caso de las instituciones positivas públicas, como el caso de aquella que aquí se vio violentada por parte de Alsogaray, sólo pudo ser cometida (dolosa o imprudentemente) por aquella, salvo que la participación del extraneus esté específicamente tipificada, como sucede en el caso del cohecho activo, o como sucedía, en el caso del adulterio, con el codelincuente de la mujer. Es el legislador quien decidió dejarlo impune[8].

3) Como lo establece la sentencia, lo central a discurrir en materia de “delitos de infracción de deber” no es el dolo, sino el deber. Entonces, parafraseando a Rodríguez y a Ossandón[9], el intraneus sólo ¿responde? Por la infracción a un deber especial, sin importar el modo en que organice su comportamiento, lo que implica un apabullante versarismo. En este sentido, se ha dicho que esta consideración “...supone validar algo no muy lejano a un (nada de moderno) régimen de responsabilidad por versari in re illicita”[10].

4) Este tipo de situaciones que se presentan, y las construcciones que se generan al efecto, sólo tienen como propósito evitar que el conflicto caiga en la desgracia, o en la impunidad. En idéntico sentido, y sólo en relación a los delitos de infracción de deber, “...no es más que un recurso para solucionar la impunidad del

instrumento no calificado en la autoría mediata, innecesaria a la luz de la norma argentina indicada que regula al autor de determinación”[11].

5) Se debe ensalzar que el deber en cuestión tiene un carácter personalísimo el cual no debe fundamentarse en la utilización del intraneus como instrumento; o bien el extraneus es obligado -también- o directamente no es responsable[12], y el suceso deberá ser considerado jurídicopenalmente irrelevante.

6) Es por ello, que no se debe temer a que el conflicto caiga en las aguas de la impunidad, pues resultará políticocriminalmente insatisfactorio en la medida en que se incumpla el deber que sustenta la infracción de manera dolosa, y no sólo como medio para el castigo del extraneus, careciendo de todo sentido social su incumplimiento. En idéntica argumentación, Sánchez-Vera al señalar que:

“[e]l delito de prevaricación dolosa exige que el juez ha de haber dictado la resolución a sabiendas de su injusticia, pero no que él, mediante error o engaño, llegue a una decisión incorrecta. Si se olvida esto, todo ‘truco’ de un abogado que pueda conducir a una sentencia material o procesalmente incorrecta habría de ser calificado como un delito de prevaricación en autoría mediata. Muchos de los procedimientos civiles acabarían en la vía penal, lo cual, quizá en el caso concreto y de forma puntual, podría calmar ciertos deseos de justicia, pero, en general, iría sin duda demasiado lejos”[13].

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Derecho Penal (Universidad de Salamanca). Maestrando en Derecho Penal (FCJS/UNL).

[2] Fragmento del fallo bajo análisis.

[3] CNCasación Penal, saja I11, “Fendrich”. 1997/08/20.

[4] MIRÓ LINARES, Fernando, Conocimiento e imputación en la participación delictiva, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pág. 136.

[5] MAÑALICH, Juan Pablo, La malversación de caudales públicos el fraude al fisco como delitos especiales, Polít. crim. Vol. 7, N° 14 (diciembre 2012), Art. 4, págs. 357-377.

[6] JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 29-57.

[7] SÁNCHEZ-VERA, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2001, pág. 120.

[8] ORCE, Guillermo, Fundamentos de la despenalización del cohecho activo. Bases para una discusión, Publicado en: RDP 2017-12, 13/12/2017, 2363.

[9] RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN María Magdalena, Delitos contra la función pública, 2ª ed., Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2008, págs. 111 y ss.

[10] MAÑALICH, op. cit., pág. 362.

[11] RIQUERT, Marcelo, La evasión tributaria: ¿delito especial propio o delito de infracción de deber?, Publicado en: DPYC 2015 (septiembre), 03/09/2015, 209.

[12] GALLAS, seguido por SÁNCHEZ-VERA, ob. cit., pág. 226.

[13] SÁNCHEZ-VERA, ob. cit., pág. 227-228.