

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 240 DEL CÓDIGO PENAL

Maximiliano Horacio Costa *

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA. 2.- LA NORMA JURÍDICA EN CUESTIÓN. 2.1.- Alcances. 2.2.. Análisis de los elementos objetivos del tipo “delincuente” y “flagrante delito. 3.- EL ERROR EN EL SUJETO ACTIVO. 4.- ¿ES NECESARIO EL ARTICULO 240 DEL CÓDIGO PENAL?. 5.- CONCLUSIÓN.- BIBLIOGRAFÍA.-

1. INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.

Egon Bittner, uno de los pioneros que ha realizado estudios sobre la policía, ha afirmado que ésta *no sería otra cosa que un instrumento estatal de aplicación de la fuerza en un caso concreto*. Bittner compara a la policía con un martillo: no tiene una finalidad propia específica; distribuye violencia de una manera no negociable cuando quien la dirige ordena su acción¹.

La policía presenta en América Latina graves distorsiones entre los propósitos declarados y la realidad². Los abusos policiales en los países latino-americanos constituyen casi una modalidad natural por lo frecuente y desembozada, y ello provoca en nuestras sociedades un difundido temor y desconfianza hacia los funcionarios policiales³.

De tal modo no será extraño apreciar que la relación ciudadano-policía no resulte siempre plácida, muchas veces se producen roces que pueden generar responsabilidad penal tanto en el civil como en el funcionario públi-

* *Secretario de la Defensoría Oficial, Área Penal, del Departamento Judicial Zárate-Campana*

¹ MARTEAU, Juan Félix: “Azul casi negro: la gestión policial en Buenos Aires. Notas para una política policial democrática” en “Violencia, sociedad y justicia en América Latina” compilado por Roberto Briceño-León. 1ª. ed.- Buenos Aires : Clacso, 2002, pág. 78.

² ELBERT, Carlos Alberto: “Criminología Latinoamericana. Teoría y propuesta sobre el control social del tercer milenio” parte segunda. Ed. Universidad. Buenos Aires 1999, pág. 238.

³ ELBERT, *ob. cit.*, pág. 248.-

co en ejercicio de tal. Será delgada la línea que escinda la incumbencia perseguida penalmente por el Estado en cada uno de los intervinientes, dependerá de los elementos de prueba producidos en la etapa de investigación, y aquél que en un principio fue considerado como sujeto activo termine quizá, siendo el sujeto pasivo y viceversa. Entonces, por ejemplo, ante un hecho determinado, en el que en un principio el ciudadano fue calificado como victimario por haber realizado la conducta descrita en el art. 239 del Código Penal, luego se demuestre que fue víctima de un abuso de autoridad por parte del funcionario que realizó la conducta típica detallada en el art. 248 del C. P.⁴.

Será menester, en cada caso concreto, individualizar qué rol ocupan los sujetos partícipes ante un hecho determinado, con el objeto de desentrañar qué derechos y obligaciones poseen; en definitiva, qué tipo de responsabilidad penal y/o civil podrán ser pasibles de adjudicación. Pero el artículo 240 del Código Penal conforma una figura híbrida, en un elemento normativo del tipo, al equiparar al particular a un funcionario público frente a situaciones determinadas y excepcionales.

El propósito de las reflexiones que esbozaré en este trabajo tendrá que ver con el análisis del artículo 240 del Código Penal y con algunos problemas que se pueden presentar en ese vínculo entre particulares, siendo uno ellos equiparado a funcionario público, para finalmente cuestionar sobre la necesidad de dicha norma jurídica.

2. LA NORMA JURÍDICA EN CUESTIÓN.

El artículo 240 establece: ***“Para los efectos de los dos artículos precedentes se reputará funcionario público al particular que tratarse de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito”.***

⁴ Jurisprudencia: El delito de resistencia a la autoridad artículo 239 del Código Penal únicamente tutela la actividad lícita llevada a cabo por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones, por lo que si el personal policial concretó la detención del imputado sin orden judicial y sin que se dieran los presupuestos que autorizan a prescindir de ella, artículo 184, 283 y 284 del CPPN, su actividad deja de estar encuadrada dentro de la legalidad para constituirse en un caso de uso abusivo de la función. TOCr. N° 14, 14-3-2001, “L. A., R. C.”, JA 2001-IV-346; CD JA. Extraído de DONNA, Edgardo A. y otros: *“El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia”* Tomo IV, 1ª edición. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe 2004, pág. 301.

2.1. Alcances.

Mediante la ley 23.077 del año 1984 se reimplanta el actual artículo 240 del Código Penal, luego de haber estado contenido en el último párrafo del artículo 239. Como consecuencia de estas modificaciones la equiparación del particular a funcionario público hace referencia a los casos descritos en el art. 239, resistencia a la autoridad y desobediencia, y al art. 238, agravantes⁵. Sin embargo, afirma Donna, *“si bien la ley remite a los artículos anteriores, la disposición debe entenderse como un reenvío genérico a cualquiera de los atentados de los artículos 237 y 238, y a la resistencia del artículo 239 del Código Penal”*⁶.

En opinión personal no comparto la postura del profesor Donna, debido a que hace una interpretación extensiva de la norma cuando no es necesario, ya que ésta es muy clara. Si el legislador hubiese querido abarcar hasta el atentado a la autoridad no tenía más que incluir la palabra “tres” en lugar de “dos”, en referencia a la remisión de los artículos precedentes en la que el particular quedará equiparado al funcionario público; y por ende, sujeto pasivo de esos tipos penales. Como el art. 238 es un tipo dependiente de la conducta descrita en el art. 237, y por lo tanto sería inconcebible componer la conducta agravada sin un tipo básico, en lugar de leerse el art. 240 como comprensivo hasta el art. 237 se debería entender como excluido el art. 238, quedando sólo el art. 239, resistencia a la autoridad, para estos casos de equiparación.

En suma, en este punto, a todas luces, queda demostrada una deficiente técnica legislativa del art. 240 del C. P., pero precisamente, por ello, no debe declamarse en perjuicio del sujeto activo, ya que se ampliaría el universo de conductas penalmente reprochables, incorporándose, de este modo, la analogía, y vulnerándose, consecuentemente, el principio de legalidad.

Ferrajoli es claro en sus ideas cuando sostiene: *“La prohibición de la analogía es por el contrario un corolario del principio de estricta legalidad. ... También en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al*

⁵ BREGLIA ARIAS, Omar – GAUNA, Omar R.: *“Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”* tomo 2, 4ª edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea. Buenos Aires 2001, pág. 577.

⁶ DONNA, Edgardo Alberto: *“Derecho Penal. Parte Especial”* Tomo III, reimpresión. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe 2005, pág. 99.

reo. La analogía está en efecto excluida si es in malam partem, mientras que se la admite in bonam partem, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del favor rei, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad. De ello se sigue en términos más generales el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales.”⁷.

En este punto D’Alessio dice que “no tiene relevancia práctica alguna, toda vez que, si a los fines de la equiparación se exige que el particular esté tratando de aprehender o ya haya aprehendido al delincuente, sólo podrá ser sujeto pasivo de las formas típicas previstas en el art. 239”⁸. Más allá de ésta observación utilitarista, sería conveniente, desde el plano teórico, que la doctrina deje aclarado el rechazo del art. 237 para los supuestos de equiparación que alude el mentado art. 240, para despejar incertidumbres y apostar a un sistema de garantías penales.

2.2. Análisis de los elementos objetivos del tipo “delincuente” y “flagrante delito”.

Merecen especial atención los elementos objetivos del tipo como “delincuente” y “flagrante delito”. El primero no reviste mayor dificultad porque es tan obvio que está expresado en un sentido vulgar que no habría modo de entenderlo en el sentido específico que lo hace el Derecho Penal, ya que si hubiera que esperar a que la persona que acaba de cometer el delito le recaiga sentencia condenatoria firme pierde fuerza el espíritu del legislador al dictar el art. 240 que es para los supuestos de comisión flagrante del hecho ilícito. Creus dice: “Es indudable que la ley no utiliza aquí la expresión delincuente en su acepción técnica, sino en una vulgar: basta que se trate de quien se considera que está cometiendo o acaba de cometer un delito (Millán)”⁹. Donna, siguiendo a Tozzini afirma: “... el empleo de esta denomi-

⁷ FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” 3ª edición. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Ed. Trotta. Madrid 1998, pág. 382.

⁸ D’ALESSIO, Andrés José: “Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial”. Ed. La Ley. Buenos Aires 2004, pág. 773.

⁹ CREUS, Carlos: “Derecho penal. Parte especial” Tomo 2, 6ª edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión. Ed. Astrea. Buenos Aires 1998, pág. 227.

nación parece colocar en manos del particular la delicada función de juzgar y condenar prejudicialmente a un tercero para poder, así, actuar contra un “delincuente” ... Resulta claro que la acepción es utilizada aquí no en un modo técnico, sino en uno vulgar” (en ésta última apreciación sigue a Nuñez)¹⁰.

Respecto al elemento del tipo “flagrante delito” considero que presenta mayores problemas interpretativos, en principio porque la ley de fondo acoge un concepto propio de las leyes de forma, creando así, una imprecisión en el tipo penal, con las lamentables consecuencias que puede llegar a originar. De modo tal, será posible que en alguna provincia se considere flagrante un hecho, pero en otra, ese mismo incidente, no lo sea. Sin embargo, no hay importantes diferencias en el concepto de “flagrancia” que brindan los Códigos procesales de provincias y de Nación¹¹, pero no significa ello que alguna provincia o la Nación pueda modificar el concepto de “flagrancia” de su Código Procesal, y si eso llegara a ocurrir de una forma trascendente, ampliándolo o restringiéndolo, indirectamente estaría introduciendo una modificación al Código Penal en ejercicio de ese distrito, en franca violación art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

Pero sin ir más lejos, por ejemplo en la provincia de Buenos Aires, entre los departamentos judiciales, varían los criterios para considerar un hecho comprendido como flagrancia; es decir, frente a situaciones semejantes en un departamento judicial determinado un hecho es entendido como flagrancia mientras que en otro no lo es, y esto mismo puede suceder entre jueces de un mismo departamento judicial.

Así entonces, considero que para evitar semejante barbaridad y unificar criterios, el Código Penal Argentino debería definir el término “flagrancia” o “flagrante delito”. Pero igualmente el artículo 240 encomienda al particular que juzgue el hecho, y si éste lo califica como flagrante delito lo autoriza a actuar con el fin de aprehender al autor del hecho ilícito, asimilando su labor a la de un funcionario público, cuando ni siquiera el mismo Estado puede resolver situaciones similares de manera unívoca.

¹⁰ DONNA, Edgardo A., *ob. cit.*, pág. 101.

¹¹ Art. 285 del Código Procesal de la Nación: Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rasgos que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

Resulta interesante el entendimiento de Donna, a los efectos de aunar ponderaciones sobre las situaciones de flagrancia, cuando sostiene que la norma arriba a una definición de flagrancia que comprende tanto la flagrancia propiamente dicha (cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después), la cuasiflagrancia (cuando aquél es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor popular) y la ficta flagrancia (mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar de un delito)¹².

3. EL ERROR EN EL SUJETO ACTIVO.

El artículo 240 no sólo unge de facultades de funcionario público a un particular, ante casos excepcionales, sino que también incluye a un nuevo sujeto pasivo en el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad¹³, alterándose la relación entre el perseguido o autor del ilícito y el particular en el puesto provisorio de funcionario público. Ahora, me pregunto ¿cómo puede el autor del ilícito (o para decirlo mejor “supuesto autor del ilícito”) tener el dolo de resistir a la autoridad si no distingue, en el hecho concreto, a funcionario público alguno?.

La doctrina es pacífica en apreciar que los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad requieren el dolo del autor, en el aspecto cognoscitivo se exige el conocimiento de la calidad del sujeto pasivo¹⁴, es decir que el agente reconozca al funcionario público como tal. De la misma manera *la jurisprudencia ha exigido en general, que la autoridad deba aparecer como tal, de modo que al receptor de la orden le quede claro que es la autoridad pública la que emitió el mandato y, naturalmente, que la orden impartida sea legítima. Al ser la figura dolosa, el agente debe tener conocimiento de la situación típica, con lo que el aspecto cognoscitivo debe abar-*

¹² DONNA, Edgardo A., *ob. cit.*, pág. 102.

¹³ Para una importante parte de la doctrina también queda incluido el delito de atentado a la autoridad (Donna, Laje Anaya).

¹⁴ DAYENOFF, David Elbio: “Código Penal. Concordancias, comentarios, jurisprudencia, esquemas de defensa”, 6ª edición. Ed. A-Z Editora. Buenos Aires 1998, pág 615. DONNA, Edgardo A., *ob. cit.*, pág. 44 y ss.. D’ALESSIO, Andrés J., *ob. cit.*, pag. 766 y ss. BREGLIA ARIAS, Omar, *ob. cit.*, pág. 576.

*car el reconocimiento inequívoco de hallarse frente a la autoridad.*¹⁵

Consecuentemente, si al sujeto activo de la figura típica del art. 239 (excluyendo el supuesto del art. 240) se le exige que conozca que está frente a un funcionario público y que además éste actúe en el ejercicio legítimo de sus funciones, cómo se le puede exigir con el mismo tenor al agente cuando se encuentra ante un funcionario público *ad hoc* que no se identifica como tal, no viste uniforme, no desciende de un patrullero policial, no da la voz de alto, etc.. Es por ello que no resulta extraño que el sujeto activo caiga en un error de tipo, por lo tanto será necesario que se deba hilar más fino en el plexo probatorio como para poder imputársele el delito previsto en el art. 239 del C. P.

Siguiendo el razonamiento, si no se prueba la comisión del delito de resistencia a la autoridad por haber un error en el elemento subjetivo del tipo, no queda más que comenzar a analizar si se corrobora algún ilícito por parte de alguno de los actores, pero ahora entre particulares, y “particulares” en el más estricto sentido de la palabra, en que se encuentren en un mismo plano de igualdad ambas partes sin ser asimilado uno de ellos a funcionario público.

Pero si se llegara a superar el peldaño de la tipicidad habrá pues que analizar si su conducta es antijurídica y en este plano se deberá prestar especial atención si el accionar del sujeto activo configura una legítima defensa, habrá de examinarse cada caso en concreto. Pero no caben dudas de que será muy delgada la línea que determine los roles de los sujetos intervinientes en el hecho, según qué pruebas consten y cómo se las interprete a cada una de ellas se puede pasar de ser víctima a victimario y viceversa.

4. ¿ES NECESARIO EL ARTICULO 240 DEL CÓDIGO PENAL?

Ante tantos inconvenientes que presenta el artículo 240 del C. P. me pregunto si esta norma jurídica es necesaria como para integrar el cuerpo legal del derecho punitivo. Decía en el punto anterior que el artículo 240 también incluye a un sujeto pasivo en el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad. Ello importa no la creación de una nueva figura penal sino la ampliación de conductas penalmente reprochables; nacen de este modo, nuevas acciones observadas bajo el prisma del derecho penal.

¹⁵ CCCorr., sala I, 23-4-96, “Bordón, Juan Carlos”, c. 44.630. CCCorr., sala IV, 12-6-97, “Quiroz, Alfredo”, c. 45.511. Extraído de: DONNA, Edgardo A., *ob. cit.*, pág. 75.

Sin duda el legislador tuvo en miras delegar al particular funciones que le son exclusivas a los funcionarios públicos (policías), para que el Estado pueda proceder con celeridad ante casos de flagrante delito, y así, amparar la seguridad pública. Considero que éste mismo objetivo lo hubiese podido lograr sin necesidad de incorporar al mundo del derecho penal nuevas situaciones como las que estipula el art. 240, simplemente, excluyéndose del orden criminal el obrar del particular (funcionario público *ad hoc*) que actúe en esas situaciones únicas, mediante una causa de justificación.

Invocándose el inciso 4º del artículo 34 del Código Penal, el cual establece que no son punibles quienes obraren en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo, se concretaría el mismo propósito del legislador que penalizando a aquellas personas que se resistieren o desobedecieren a este “particular-funcionario público”, claro está que la ley previamente debería autorizarlo a actuar como tal, pero no implica ello que deba ser también sujeto pasivo del injusto referido en el art. 239.

El particular que actúa bajo el amparo del art. 240 seguramente priva de la libertad o amenaza al autor del flagrante delito o realiza cualquier otra conducta típica, configurando, en ese marco particular, la perpetración de las figuras previstas en los arts. 141, 149 bis, etc. del C. P., pero precisamente por estar ejerciendo su derecho, autoridad o cargo no resulta punible su proceder.

El Estado bien podría, en estos supuestos especiales, resignar de proteger penalmente el bien jurídico de la libre acción del funcionario público, sin que ello produzca una crisis en la convivencia social, ya que cuenta con otros medios para proteger este mismo bien jurídico. Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente.

Está ampliamente aceptada la última *ratio* como uno de los principios fundamentales de la política criminal. “*El remedio penal es el último instrumento a disposición del Estado para la prevención de la criminalidad, por lo que su utilización debe limitarse a la intervención necesaria para preservar la convivencia humana en comunidad*”¹⁶.

¹⁶ RIGUI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A.: “*Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*”, edición rústica. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 1996, pág. 71.

Silva Sánchez cuando realiza el análisis económico del Derecho dice: “Esta modalidad –la prevención general por normas- es la menos costosa de las examinadas y, en esa medida, la más

En definitiva, el legislador al dictar el actual artículo 240 del C. P. ha postergado uno de los principios fundamentales que guían la política criminal, y es el de última *ratio* o derecho penal mínimo. Considero innecesario criminalizar estos hechos, máxime cuando es tan difusa la participación de los agentes en el caso dado.

5. CONCLUSIÓN.

Opino que el artículo 240 del Código Penal presenta importantes dificultades de interpretación por la propia redacción de la norma jurídica, desde qué alcances tiene, si queda comprendido el atentado a la autoridad, con sus agravantes, o no, hasta en los elementos objetivos del tipo “delincuente” y “flagrante delito”, sobre todo en este último que toma un concepto ajeno al derecho penal de fondo. También revela dificultades de aplicación porque instaura un escenario en el que nace un vínculo particular entre los agentes, siendo uno de ellos híbrido, el sujeto pasivo, y un sujeto activo que lo debe reconocer para que se configure el injusto que pretende sancionar el legislador.

Por esos problemas resulta justo preguntarse si es necesaria la vigencia del mentado artículo, entendiendo en forma negativa, ya que igualmente se lograría el mismo efecto sin necesidad de incriminar conductas, a través del manejo del inciso 4º del artículo 34 del Código Penal que protege al sujeto pasivo del art. 339 del C. P., siempre que al particular se lo equipare al funcionario público para que pueda actuar ante esos casos excepcionales, y de esta manera se haría honor al minimalismo penal.

eficiente. Ahora bien, ello todavía no conduce de modo necesario a que tenga que ser una prevención por normas “penales”. Más bien debería ser todo lo contrario, pues es evidente que el Derecho penal tiene costes que otras ramas del Derecho no tienen. Así, si con los mecanismos, menos costosos, de otros sectores del Derecho se consiguiera introducir elementos de coste suficientes para inclinar el cálculo del destinatario de las normas del lado del Derecho, el Derecho penal no sería necesario.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “Política criminal y persona”, 1ª edición. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires 2000, pág. 57).

Ferrajoli al analizar el fin y los límites del Derecho Penal expone en sus ricas páginas que “... el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar sencillamente la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado de prevenirla, sin medios punitivos o autoritarios, haciendo desaparecer sus causas materiales. En una perspectiva semejante desde luego es posible la abolición de esa pena específica –inútilmente aflictiva e incluso criminógena- que es la reclusión carcelaria.” (FERRAJOLI ob. cit., pág. 343).

BIBLIOGRAFÍA.

BREGLIA ARIAS, Omar – GAUNA, Omar R.: *“Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”* tomo 2, 4ª edición actualizada y ampliada. Ed. Astrea. Buenos Aires 2001.

CREUS, Carlos: *“Derecho penal. Parte especial”* Tomo 2, 6ª edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión. Ed. Astrea. Buenos Aires 1998.

D´ALESSIO, Andrés José: *“Código Penal. Comentado y Anotado. Parte Especial”*. Ed. La Ley. Buenos Aires 2004.

DAYENOFF, David Elbio: *“Código Penal. Concordancias, comentarios, jurisprudencia, esquemas de defensa”*, 6ª edición. Ed. A-Z Editora. Buenos Aires 1998.

DONNA, Edgardo A. y otros: *“El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia”* Tomo IV, 1ª edición. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe 2004.

“Derecho Penal. Parte Especial” Tomo III, reimpresión. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe 2005.

ELBERT, Carlos Alberto: *“Criminología Latinoamericana. Teoría y propuesta sobre el control social del tercer milenio”* parte segunda. Ed. Universidad. Buenos Aires 1999.

FERRAJOLI, Luigi: *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”* 3ª edición. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Ed. Trotta. Madrid 1998.

MARTEAU, Juan Félix: *“Azul casi negro: la gestión policial en Buenos Aires. Notas para una política policial democrática”* en *“Violencia, sociedad y justicia en América Latina”* compilado por Roberto Briceño-León. 1ª. ed.- Buenos Aires : Clacso, 2002.

RIGUI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A.: *“Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena”*, edición rústica. Ed. Hammurabi. Buenos Aires 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *“Política criminal y persona”*, 1ª edición. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires 2000.