

TRÁFICO DE INFLUENCIAS ART. 256 BIS **C.P., DISTINGO CON LA FIGURA DEL ART.** **173, INC.10 C.P.**

En el caso se procesó por tráfico de influencias a un funcionario policial que, en el marco de un allanamiento, habría solicitado y recibido parte del dinero secuestrado en el procedimiento a fin de no proceder a la detención de una persona y al secuestro del mencionado dinero.

“el art. 256 bis establece que “será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquiera otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.”.Al respecto, se ha dicho que “El tráfico de influencias es un delito subjetivamente configurado y de estructura compleja. La descripción legal del delito da cuenta de una serie de elementos objetivos y subjetivos. El agente solicita o recibe dinero o dádivas, o acepta la promesa de hacer valer indebidamente la influencia que se tiene sobre un funcionario público, para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Estos extremos deben aparecer en toda su dimensión por representar el injusto mismo, es decir, la conducta disvaliosa soportada de la sanción penal. El agente debe poseer una influencia real, comprobable, no eventual, ficticia o falaz, respecto del funcionario público. Si la influencia en cuestión no existe, la conducta del agente podría adecuarse a una de las modalidades de los delitos patrimoniales, previstos en el Título VI del Código Penal...”.(1).Lo expuesto precedentemente permite afirmar que el autor debe realizar las acciones típicas para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario, lo que constituye un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo (2).En este sentido, se advierte que el imputado no sólo no tenía influencia sobre el magistrado sino que, además, el dinero solicitado no tenía por finalidad obtener un acto propio de las funciones de éste (obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia). Por el contrario, la dádiva requerida tuvo por finalidad “que no se llevaran detenida a (X).” y que “les devolvieran sus pertenencias”, entra ellas el dinero encontrado. Por lo tanto, la conducta atribuida a(imputado). no puede subsumirse en la figura del art. 256 bis del C.P. lo que permite diferenciar al tipo penal previsto en el art. 256 bis “de la figura contenida en el art. 173, inc. 10, C.P., es la circunstancia de que por

esta última figura, se reprime a quienes logren una prestación dineraria a través del engaño producido mediante la falsa afirmación de una supuesta remuneración a jueces u otros funcionarios públicos. Este delito protege sólo a la propiedad como bien jurídico, precisamente por no afectarse el normal y adecuado desenvolvimiento de las funciones de los órganos del Estado, ya que no se requiere del autor capacidad alguna de influir en la decisión del funcionario, sino todo lo contrario, miente sobre dicha posibilidad para obtener la disposición patrimonial de la víctima.” (Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª, “S., M.D. s/ recurso de casación”, sentencia del 10/08/2006). Se infiere de lo expuesto que la conducta atribuida a (imputado) tampoco puede subsumirse en la figura del art. 173, inc. 10, del C.P., que prevé un supuesto de defraudación por supuesta remuneración a jueces u otros empleados públicos. Nótese que en este caso, el engaño consiste en *“la falsa afirmación de que se debe remunerar al juez o funcionario para obtener o por haber obtenido algo de la actividad funcional de ellos”* y que *“lo que caracteriza a esta figura especial es que el engaño determinante de la prestación es la afirmación falsa de que ha de remunerarse a un juez o a un empleado público.”* (3). De las constancias probatorias agregadas a la causa, se evidencia que (imputado). no requirió la “bonificación” con el pretexto de remunerar al juez, lo que impide hacer lugar a la supuesta calificación pretendida por el recurrente. Dres.

NOGUEIRA, PACILIO y VALLEFÍN) NOTAS(1):REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS. conf. Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl [Dirección]; Terragni, Marco Antonio [Coordinación], *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Buenos Aires, 2011, Tomo 10, pág. 484;

(2) conf. D’Alessio, Andrés José [Director], Divito, Mauro A. [Coordinador], *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2009, Tomo II, pág. 1280.; (3) conf. D’Alessio, Andrés José [Director], Divito, Mauro A. [Coordinador], *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2009, Tomo II, págs. 733-734.

7/3/2012.SALA TERCERA.Expte.6365,”s/Tráfico de Influencias (Desprendimiento c/nº 425/3)”. Juzgado Federal de Quilmes

DELITO.CALIFICACIÓN. FACULTAD DE LOS JUECES

“sobre la base de que es facultad de los jueces precisar las figuras delictivas que juzgan, con independencia de las peticiones de las partes y con la única limitación de restringir su decisión a los hechos que constituyen la materia

del proceso (Fallos: 314:333), el Tribunal determinará la calificación legal de la conducta que se le imputa. En tal sentido, y atento las pruebas colectadas hasta este estadio, se advierte que la conducta atribuida al imputado debe incluirse en el art. 266 del Código Penal.” corresponde precisar que el cambio de calificación de la conducta efectuado por el Tribunal, no perjudica a la parte recurrente, ello en razón que la escala penal prevista en el delito por el que fuera procesado (de 1 a 6 años de prisión o reclusión e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública) supera en mucho la pena prevista por el art. 266, que establece una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años. ”. Dres. NOGUEIRA, PACILIO y VALLEFÍN.

7/3/2012.SALA TERCERA, Expte.6365.”s/Tráfico de Influencias (Desprendimiento c/nº 425/3)”. Juzgado Federal de Quilmes

CONCUSIÓN Y EXACCIÓN ILEGAL. ART, 266

C.P. CONSIDERACIONES ACERCA DEL TIPO

LEGAL.

“...el art. 266 del Código Penal (...) establece que “*Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden*”. Según doctrina especializada y reiterados precedentes jurisprudenciales, el texto de este artículo ofrece la particularidad de legislar la *concusión* junto con la hipótesis del delito de exacciones ilegales. La *exacción* alude, en una primera acepción, a la “*acción y efecto de exigir impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc.*”, algo que se puede adeudar al Estado y que éste tiene derecho a cobrar; y en una segunda, a un “*cobro injusto y violento*”. La *concusión*, por su lado, implica una “*exacción arbitraria hecha por un funcionario en provecho propio*”. En consecuencia, la *exacción ilegal* se presenta cuando el funcionario público exige al particular una contraprestación indebida, en nombre y beneficio del Estado (art. 266), y se agrava si después la convierte en provecho propio (art. 268). La *concusión*, que es también una *exacción* según la segunda de las acepciones de esta última, se presenta cuando el funcionario exige arbitraria y violentamente la entrega de una dádiva, toda vez que, como el Estado no puede recibir dádivas, resulta evidente que desde el inicio el agente requiere para sí y no para la administración. (1). Éste también ha sido el criterio de la

Cámara Nacional de Casación Penal que, en diversos precedentes, señaló “*el elemento diferenciador entre ambos tipos legales [exacciones ilegales y concusión] está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica: mientras que en el delito de exacciones ilegales versa sobre una contribución o un derecho, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, mas no para exigir en demasía, en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima*” (2). En ese marco, y conforme al modo en que fue descrito el hecho en la sentencia, consistente en que “*(imputado). ha exigido y posteriormente recibido la suma de \$1.000 por parte de (X) para evitar la detención de (Y) y el secuestro de sus pertenencias, en ocasión de ejecutar una orden de allanamiento (...) en su carácter de funcionario policial a cargo...*” cabe incluirlo en la hipótesis de *concusión*, que prevé el art. 266 del Código Penal, pues lo exigido indebidamente fue una dádiva, consistente en la entrega de una suma de dinero que no era legalmente exigible al damnificado y para propio beneficio del funcionario público.”. **Dres.**

NOGUEIRA, PACILIO y VALLEFÍN.NOTAS:(1)REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS: conf. Ramos Mejía, Enrique, *El delito de concusión [Exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública]*, Buenos Aires, 1963, pág. 53 y ss; Cám. Nac. Casación Penal, sala III, “Impagliazo, José L.”, sentencia del 10/05/2006, citado en D’Alessio, Andrés José [Director], Divito, Mauro A. [Coordinador], *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2009, Tomo II, pág. 1317;(2)

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:conf. Sala I, causa n° 442, “Perreta, J. Antonio y otra s/recurso de casación” del 10/08/95; causa n° 925, “Pluspetrol S.A. s/recurso de casación”, del 12/12/96; Sala II, causa n° 1803, “Pazos, Horacio Arturo s/recurso de casación”, del 5/11/98; causa n° 5839, “Adre, M. Brahim s/recurso de casación”, del 08/07/03; Sala III, causa n° 1833, “Montalto, Pablo y otro s/recurso de casación”, del 11/08/99; “Impagliazo, José L. y otro s/recurso de casación”, del 10/05/2006; Sala IV, causa n° 1626, “Varela Cid, Eduardo y otro s/rec. de casación”, del 29/08/00; causa n° 2920, “Leal, J. Ramiro y otro s/recurso de casación”, del 10/05/02 y “Zukiazian Artak s/recurso de casación”, del 22/03/2001, entre otros.

7/3/2012.SALA TERCERA.Expte.6365,”s/Tráfico de Influencias (Desprendimiento c/n° 425/3)”.Juzgado Federal de Quilmes.

.PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

Poder Judicial de la Nación

VISTO: este expediente n° 6365/III, "s/Tráfico de Influencias (Desprendimiento c/n° 425/3)", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, y

CONSIDERANDO:

I. El caso:

Llega la causa a esta Alzada para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado (...), contra la decisión que dispuso su procesamiento como autor del delito de tráfico de influencias, previsto en el art. 256 bis del Código Penal (...).

II. El trámite de la causa:

1. Se inició con motivo de la extracción de testimonios, dispuesta por el titular del Juzgado Federal de Quilmes, en el marco de la causa 425/3 ("s/pta. Inf. Ley 23.737"), por la posible comisión de un delito de acción pública con relación al allanamiento realizado el 18 de febrero de 2010, en la calle ... de San Franciso Solano, partido de Quilmes.

2. Los testimonios (...) fueron remitidos a la justicia provincial (Juzgado de Garantías n° 1, del Departamento Judicial de Quilmes), la que se inhibió de entender en la causa, conforme lo dispuesto por la Sala II, de esta Cámara Federal de Apelaciones, que resolvió la competencia del Juzgado Federal de Quilmes (...).

3. Corrida la vista al agente fiscal en los términos del art. 180 del CPP, formuló requerimiento de instrucción contra el personal policial de la Delegación Quilmes de Investigaciones de Tráfico de Drogas Ilícitas, de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, que participó del allanamiento realizado el día 18 de febrero de 2010, en el domicilio de calle ..., de San Francisco Solano, porque habría exigido y recibido la suma de \$ 1.000, por parte de J. D. A., para evitar la detención de su concubina, D. F. y el secuestro de sus pertenencias. Calificó los hechos en el delito previsto

en el art. 256 bis, segundo párrafo y propuso la realización de diligencias útiles (...).

4. Conforme lo solicitado por el agente fiscal, se agregó copia del acta de allanamiento (...), de la declaración de los testigos y personal policial interviniente (...), de las declaraciones indagatorias de G. E. B. (...) y K. G. F. (...), y de la declaración en sede judicial del testigo J. E. Z. (...).

5. ..., declaró D. J. F., que relató que vive en el mismo terreno -en la parte de adelante- que su hermana K., que vive en la parte de atrás; que el día del allanamiento la policía entró primero en su casa, preguntándole con quién vivía, quién vivía en el fondo y si conocía al "Colo"; que les respondió que el Colo era su cuñado, de nombre G. B. y que entonces le explicaron que era un allanamiento; la llevaron al fondo para leer la orden, donde estaban su sobrino A. y su cuñado G. esposados en el piso y su sobrino J., también en el piso pero sin esposas. Agregó que luego de leer la orden, la llevaron nuevamente adelante para revisar su casa; que también la revisaron a ella y a su hermana; que en su dormitorio encontraron una plata de su marido que venían juntando en un estuche de una cámara digital y le preguntaron si tenía más plata, sacándole la de su billetera y su celular. Refirió que el policía que requisó su casa la llevó a la puerta y le dijo que era una chica macanuda, que le caía bien y le dio a entender que podían llegar a un acuerdo con la plata que ella tenía para que no le pasara nada y no la llevaran presa; que ella contestó que no, que la plata era de su marido y pidió que la dejaran llamarlo por teléfono, a lo que se negaron. Manifestó que luego llegó su marido y alcanzó un arreglo con quien estaba a cargo del operativo para que no vaya presa, que en total había 2300 pesos, que el superior le pidió la mitad y su marido le entregó la suma de 1000 pesos, que el resto se lo devolvieron, junto con su celular. Describió

Poder Judicial de la Nación

físicamente a los policías intervinientes en el procedimiento y ratificó la declaración cuya copia obra a fs. ...

6. ... consta la declaración de A. R.R., sobrino de D. F., que relató como se sucedieron los hechos el día del allanamiento, describió físicamente a los policías que intervinieron en él y ratificó el acta cuya copia obra a fs.

7. ... se encuentra agregada la declaración de J. D. A., en la que relató que el día del allanamiento, él no estaba en su casa sino que llegó después, alrededor de las 17 horas; que cuando entró en su casa, el hombre que estaba a cargo del operativo -cuyo nombre no recuerda- le explicó que tenían orden de realizar un allanamiento en la casa de una persona de apodo "el Colo", que supuestamente sería su cuñado y que allí habían encontrado droga; luego, él les preguntó porqué querían secuestrar el dinero que habían encontrado en su casa, a lo que el policía le respondió que como en la casa del fondo habían encontrado droga, tomaban el caso como que K. vendía la droga y D., que es su hermana, recaudaba la plata. Continuó su relato refiriendo que intentó explicarle a los policías que el dinero encontrado provenía de su trabajo y que podía justificarlo con sus recibos de sueldo y llamando a la empresa donde trabajaba, pero se negaron; que entonces les pidió hacer una llamada, a lo que accedieron, comunicándose por radio con su hermano, A. R. A., que es policía, explicándole lo que estaba ocurriendo y que su hermano le pidió hablar con el que estaba a cargo; que su hermano le solicitó al oficial que si secuestraban la plata anotaran todos los números de serie de los billetes, a lo que se negaron; que al rato de mantener dicha comunicación el oficial a cargo lo sacó a la calle, le dijo que vieron que su mujer era una chica macanuda, que la plata no se la iban a llevar y la iban a hacer "zafar"; que él iba a hablar con el juez para

que no se la lleven detenida a su señora y para salvar sus pertenencias pero a cambio le tenían que dar una bonificación, a lo que accedió. Señaló que, finalmente, el oficial le pidió que le anotara su número de radio y el de su hermano, que en el papel le ponga la gratificación, levantaron todas las cosas, él les dio el papel y se fueron. Agregó que el dinero que querían secuestrar eran más de 2300 pesos, que les dio 500 pesos y el resto se lo devolvieron. Ratificó su declaración cuya copia consta ..., pero aclaró que, si bien en esa oportunidad declaró que le dio 1000 pesos a la policía, en realidad eso era lo que le iba a dar en un principio, pero terminó dándoles 500 pesos. También describió físicamente a los policías intervinientes.

8. ..., declaró A.R.A., que refirió que el día del allanamiento su hermano lo llamó, llorando, relatándole lo que estaba sucediendo en su casa y que querían llevar presa a su esposa; que él le explicó a su hermano que se quedara tranquilo, que estaba bien lo que estaba haciendo la policía, pero que si querían secuestrarle el dinero encontrado les pidiera que dejaran plasmado el número de serie para poder reclamarlo con posterioridad; que luego su hermano le paso el radio a quien estaba a cargo del procedimiento, a quién le dijo lo mismo; que más tarde se volvió a comunicar con su hermano, que le manifestó que se habían llevado presos a la cuñada y su marido y que desconocía si su hermano le había entregado dinero al oficial a cargo del operativo.

9. Con esos elementos, el *a quo* llamó a prestar declaración indagatoria a J. M. Z..

10...., la Defensora Oficial solicitó al magistrado que se inhiba de continuar entendiendo en la causa -en los términos del art. 55, inc. 4, del CPP- petición que fue resuelta favorablemente por el titular del Juzgado Federal de Quilmes ..., por lo que se

Poder Judicial de la Nación

dispuso su reemplazo, resultando desinsaculado el conjuer, Adrián Lissi (...).

11. ... efectuó su descargo J. M. Z. Explicó que el allanamiento en cuestión fue uno más, que se manejó con el mismo criterio de siempre y que nunca tuvo requerimientos judiciales. Refirió que recordaba que la hermana de la detenida estaba muy alterada y trataba de desvincularse de su hermana y su cuñado; que le solicitó permiso para llamar a su marido, a lo que le respondió que no; que el oficial C. le informó que en el dormitorio de la casa de adelante habían encontrado una suma de dinero de aproximadamente 2300 pesos, el que fue secuestrado, ensobrado y entregado al testigo designado hasta el final del procedimiento. Preguntado acerca de si existió la comunicación con el hermano de A., refirió que sí, que cuando éste llegó a la casa, lo dejaron entrar, previa requisita, que llegó bien al lugar pero cree que su mujer lo alteró, por lo que -de mala manera- le dijo que hablara con su hermano que era policía, a lo que accedió. Manifestó que el hermano, en un tono arrogante, le pidió explicaciones y le dijo que si iba a secuestrar el dinero lo deje en el acta, a lo que le respondió que todo lo que se secuestra es puesto en el acta; que desde que el dinero fue hallado fue puesto en manos del testigo y que él nunca lo tuvo en su poder y que si hubieran querido quedarse con la plata no hubieran dejado constancia en el acta de su hallazgo. Agregó que una vez finalizado el procedimiento se puso en conocimiento del Jefe de Operaciones que, previa consulta judicial, le informó que debía procederse a la detención de las dos personas que se encontraban en el fondo de la casa y que el dinero fuera entregado, por lo que se le devolvió a la mujer, previo haberlo contado por lo menos dos veces ante los testigos y dejar constancia de ello en el acta. Finalmente, señaló la existencia de contradicciones entre lo declarado por el marido y por su mujer y aclaró que no tiene trato con el

USO OFICIAL

juez Armella porque las cosas las maneja el Jefe de Operaciones, por la que nunca podría haber invocado un vínculo que no tiene.

12. ... se dispuso la falta de mérito de Z. hasta tanto declare J. E. Z., testigo del procedimiento y se agregue copia de la resolución dictada por la Alzada en el marco de la causa principal 425/3, de la cual ésta se desprende.

13. ... se agregó copia de la sentencia de la Sala II, de esta Cámara Federal de Apelaciones, por la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir ... y el sobreseimiento de los imputados de la causa H.A., O.A.G., G. E. B. y K. G. F..

14. ... declaró J. E. Z. que, preguntado acerca de si recordaba que pasó con el dinero, manifestó que uno de los policías, que era el que mandaba todo, salió con el marido de la chica que vivía en el domicilio a hablar, pero que no escuchó lo que hablaron; que quien estaba a cargo le decía a la chica que la plata debía secuestrarla, pero no escuchó que le pidiera dinero; que cuando el esposo entró de hablar con el policía, le manifestó a su esposa que debían pagar una "coima", sin especificar el monto y que, después de esa situación, todo estaba calmo; que, una vez culminado el procedimiento, se procedió a abrir un sobre -que no recordaba quien lo tenía- con dinero, que se contó éste, que había como 2500 pesos y que no recordaba si le lo entregaron al matrimonio. Finalmente, describió físicamente al policía que estaba a cargo del procedimiento.

15. Con esos elementos, el juez dispuso el procesamiento cuya apelación motiva la intervención de esta Alzada.

III. Tratamiento de la cuestión:

La defensa se agravió por considerar que "el *plexo probatorio glosado e invocado por el a quo* no reúne los requisitos mínimos exigidos por el artículo

Poder Judicial de la Nación

308 del C.P.P.N. y carece de motivación lógica suficiente tal cual lo ordena bajo sanción de nulidad el artículo 123 del mismo cuerpo legal”, por lo que solicitó la nulidad de la resolución. Subsidiariamente, planteó que la calificación legal efectuada era errónea, toda vez que para que se constituya el delito tipificado en el art. 256 bis del Código Penal era necesario que la influencia exista realmente y en el caso, el oficial Z. no tenía contacto directo, ni siquiera conocía al magistrado por lo que no podía influir sobre él. Cita en su apoyo un precedente jurisprudencial que diferencia el delito del art. 256 bis de la figura contenida en el art. 173, inc. 10, del C.P.

1. Por cuestiones metodológicas, se tratará en primer lugar el agravio dirigido a cuestionar la validez de la resolución apelada, por ausencia de motivación.

De consuno a lo resuelto por este Tribunal en un caso análogo al *sub judice* (expte. N° 5879 “E.G.; G., V. s/ falsedad documental”, del 15/02/11) se anticipa que la resolución impugnada no evidencia defectos que habiliten a descalificarla como acto jurisdiccional válido.

Allí, el *a quo* describió detalladamente el hecho investigado y ponderó las versiones brindadas por los denunciados y por el imputado, tanto a la luz del marco cognitivo del expediente como de los elementos objetivos y subjetivos de la figura penal en trato. Es decir, el auto atacado guarda relación con los antecedentes que le sirven de causa y es congruente con el punto decidido, suficientes para el conocimiento de las partes y para las eventuales impugnaciones que se pudieren receptor (conf. D’Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, tomo I, 6ta. edición, Buenos Aires, 2003, LexisNexis Abeledo-Perrot, p. 258, nota al art. 123 y sus remisiones).

Resta añadir -para desestimar el planteo del recurrente- que la decisión atacada cumple con las prescripciones del art. 308 del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto contiene los datos personales del encartado, la enunciación de los hechos, la motivación exigida en función del grado de cognición requerido en esta etapa del proceso, la calificación del delito y las disposiciones legales aplicables.

2. Despejado lo anterior y examinadas las constancias fácticas de la causa, esta Sala entiende que le asiste razón al recurrente en cuanto a que la calificación legal efectuada por el a quo no es adecuada.

2.1. En efecto, el art. 256 bis establece que *"será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquiera otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones."*

Al respecto, se ha dicho que *"El tráfico de influencias es un delito subjetivamente configurado y de estructura compleja. La descripción legal del delito da cuenta de una serie de elementos objetivos y subjetivos. El agente solicita o recibe dinero o dádivas, o acepta la promesa de hacer valer indebidamente la influencia que se tiene sobre un funcionario público, para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Estos extremos deben aparecer en toda su dimensión por representar el injusto mismo, es decir, la conducta disvaliosa soporte de la sanción penal. El agente debe poseer una influencia real, comprobable, no eventual, ficticia o falaz, respecto del funcionario público. Si la influencia en cuestión no existe, la conducta del agente podría adecuarse a una de las*

Poder Judicial de la Nación

modalidades de los delitos patrimoniales, previstos en el Título VI del Código Penal..." (conf. Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl [Dirección]; Terragni, Marco Antonio [Coordinación], *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., Buenos Aires, 2011, Tomo 10, pág. 484).

Lo expuesto precedentemente permite afirmar que el autor debe realizar las acciones típicas para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario, lo que constituye un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo (conf. D'Alessio, Andrés José [Director], Divito, Mauro A. [Coordinador], *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2009, Tomo II, pág. 1280).

En este sentido, se advierte que el imputado no sólo no tenía influencia sobre el magistrado sino que, además, el dinero solicitado no tenía por finalidad obtener un acto propio de las funciones de éste (obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia). Por el contrario, la dádiva requerida tuvo por finalidad "que no se llevaran detenida a D.a F." y que "les devolvieran sus pertenencias", entra ellas el dinero encontrado (...). Por lo tanto, la conducta atribuida a Z. no puede subsumirse en la figura del art. 256 bis del C.P.

2.2. Sentado ello, el Tribunal observa que el recurrente planteó la errónea calificación legal del hecho que se le atribuye, sin proponer la calificación que consideraba pertinente.

No obstante, toda vez que el precedente jurisprudencial que cita en apoyo de su planteo, realiza la distinción entre la figura del art. 256 bis y la contenida en el art. 173, inc. 10, del C.P., cabe inferir que la calificación pretendida es esta última.

Concretamente, el precedente en cuestión estableció que lo que permite diferenciar al tipo penal previsto en el art. 256 bis "de la figura contenida en el art. 173, inc. 10, C.P., es la circunstancia de que por esta última figura, se reprime a quienes logren una prestación dineraria a través del engaño producido mediante la falsa afirmación de una supuesta remuneración a jueces u otros funcionarios públicos. Este delito protege sólo a la propiedad como bien jurídico, precisamente por no afectarse el normal y adecuado desenvolvimiento de las funciones de los órganos del Estado, ya que no se requiere del autor capacidad alguna de influir en la decisión del funcionario, sino todo lo contrario, miente sobre dicha posibilidad para obtener la disposición patrimonial de la víctima." (Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª, "S., M.D. s/ recurso de casación", sentencia del 10/08/2006).

Se infiere de lo expuesto que la conducta atribuida a Z. tampoco puede subsumirse en la figura del art. 173, inc. 10, del C.P., que prevé un supuesto de defraudación por supuesta remuneración a jueces u otros empleados públicos. Nótese que en este caso, el engaño consiste en "la falsa afirmación de que se debe remunerar al juez o funcionario para obtener o por haber obtenido algo de la actividad funcional de ellos" y que "lo que caracteriza a esta figura especial es que el engaño determinante de la prestación es la afirmación falsa de que ha de remunerarse a un juez o a un empleado público." (conf. D'Alessio, Andrés José [Director], Divito, Mauro A. [Coordinador], Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2009, Tomo II, págs. 733-734).

De las constancias probatorias agregadas a la causa, se evidencia que Z. no requirió la "bonificación" con el pretexto de remunerar al juez, lo que impide

Poder Judicial de la Nación

hacer lugar a la supuesta calificación pretendida por el recurrente.

2.3. Sentado lo anterior, sobre la base de que es facultad de los jueces precisar las figuras delictivas que juzgan, con independencia de las peticiones de las partes y con la única limitación de restringir su decisión a los hechos que constituyen la materia del proceso (Fallos: 314:333), el Tribunal determinará la calificación legal de la conducta que se le imputa a Z..

En tal sentido, y atento las pruebas colectadas hasta este estadio, se advierte que la conducta atribuida al imputado debe incluirse en el art. 266 del Código Penal.

Éste establece que *"Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden"*.

Según doctrina especializada y reiterados precedentes jurisprudenciales, el texto de este artículo ofrece la particularidad de legislar la *concusión* junto con la hipótesis del delito de exacciones ilegales. La exacción alude, en una primera acepción, a la *"acción y efecto de exigir impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc."*, algo que se puede adeudar al Estado y que éste tiene derecho a cobrar; y en una segunda, a un *"cobro injusto y violento"*. La concusión, por su lado, implica una *"exacción arbitraria hecha por un funcionario en provecho propio"*.

En consecuencia, la exacción ilegal se presenta cuando el funcionario público exige al particular una contraprestación indebida, en nombre y beneficio del Estado (art. 266), y se agrava si después la convierte en provecho propio (art. 268). La concusión, que es

también una exacción según la segunda de las acepciones de esta última, se presenta cuando el funcionario exige arbitraria y violentamente la entrega de una dádiva, toda vez que, como el Estado no puede recibir dádivas, resulta evidente que desde el inicio el agente requiere para sí y no para la administración. (conf. Ramos Mejía, Enrique, *El delito de concusión [Exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública]*, Buenos Aires, 1963, pág. 53 y ss; Cám. Nac. Casación Penal, sala III, "Impagliazo, José L.", sentencia del 10/05/2006, citado en D'Alessio, Andrés José [Director], Divito, Mauro A. [Coordinador], *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2009, Tomo II, pág. 1317).

Éste también ha sido el criterio de la Cámara Nacional de Casación Penal que, en diversos precedentes, señaló "el elemento diferenciador entre ambos tipos legales [exacciones ilegales y concusión] está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica: mientras que en el delito de exacciones ilegales versa sobre una contribución o un derecho, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, mas no para exigir en demasía, en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima" (conf. Sala I, causa n° 442, "Perreta, J. Antonio y otra s/recurso de casación" del 10/08/95; causa n° 925, "Pluspetrol S.A. s/recurso de casación", del 12/12/96; Sala II, causa n° 1803, "Pazos, Horacio Arturo s/recurso de casación", del 5/11/98; causa n° 5839, "Adre, M. Brahim s/recurso de casación", del 08/07/03; Sala III, causa n° 1833, "Montalto, Pablo y otro s/recurso de casación", del 11/08/99; "Impagliazo, José L. y otro s/recurso de casación", del 10/05/2006; Sala IV, causa n° 1626, "Varela Cid, Eduardo y otro s/rec. de casación", del 29/08/00; causa n° 2920, "Leal, J. Ramiro y otro s/recurso de casación", del

Poder Judicial de la Nación

10/05/02 y "Zukiazian Artak s/recurso de casación", del 22/03/2001, entre otros).

En ese marco, y conforme al modo en que fue descripto el hecho en la sentencia, consistente en que "J. M. Z. ha exigido y posteriormente recibido la suma de \$1.000 por parte de J. D. A. para evitar la detención de D.a F. y el secuestro de sus pertenencias, en ocasión de ejecutar una orden de allanamiento (...) en su carácter de funcionario policial a cargo..." cabe incluirlo en la hipótesis de *concusión*, que prevé el art. 266 del Código Penal, pues lo exigido indebidamente fue una dádiva, consistente en la entrega de una suma de dinero que no era legalmente exigible al damnificado y para propio beneficio del funcionario público.

Finalmente, corresponde precisar que el cambio de calificación de la conducta efectuado por el Tribunal, no perjudica a la parte recurrente, ello en razón que la escala penal prevista en el delito por el que fuera procesado (de 1 a 6 años de prisión o reclusión e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública) supera en mucho la pena prevista por el artículo 266, que establece una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años.

IV. Por las consideraciones que anteceden, el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar parcialmente la resolución ..., re-calificando la conducta de J. M. Z. como la prevista por el artículo 266 del Código Penal.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.Fdo. Jueces Sala III, Dres.Carlos Alberto Nogueira - Antonio Pacilio y Carlos Alberto Vallefín.Ante mí:Dra.Maite Irurzun. Secretaria Federal.