

REGISTRO Nro: 18579

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de junio del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado de la C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 104/106 vta. de la causa n° 12.926 del registro de esta Sala, caratulada: "Torresi, Rubens s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la defensa particular por el doctor Oscar Pellicori.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de esta ciudad resolvió declarar extinguida por prescripción la acción penal respecto de Rubens Torresi en la presente causa y, en consecuencia, sobreseer al nombrado con relación al delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, por el que fuera requerido en calidad de autor (arts. 45, 59 inc. 3°, 62 inc. 2° y 265 del Código Penal; y art. 336 inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra dicha decisión, el Fiscal General subrogante ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal, doctor Oscar Fernando Arrigo,

interpuso recurso de casación a fs. 111/114 vta., el que concedido a fs. 117 y vta., fue mantenido en esta instancia a fs. 124.

2°) Que en el recurso de casación, el representante del Ministerio Público Fiscal señaló que *“...para determinar si la acción penal en estas actuaciones se encuentra prescripta es relevante establecer el momento de consumación del delito en trato cuya responsabilidad se le atribuye al encartado”*. En ese sentido, aseveró que *“... entiendo que el art. 265 del Código Penal es un delito de consumación instantánea con posibilidad de que sus efectos sean permanentes, siempre que se trate de un negocio que se desarrolle en el tiempo. En estos supuestos, la incidencia del funcionario puede verificarse en cualquier etapa de negociación y, con ello, habrá reiteración o, según las modalidades del negocio, delito continuado (...); con lo cual, conforme las reglas establecidas para este tipo de delito, en donde cada infracción es concebida como una unidad, la prescripción empezará a correr desde el día en que se produjo la última consumación, momento en el cual ha cesado la situación antijurídica (art. 63 del Cód. Penal)”* -fs. 113 vta.-.

En esa inteligencia, manifestó que *“... la intervención típica de Rubens Torresi no se agotó en las tratativas previas y suscripción del convenio sino que su ‘incidencia’ en el negocio se perpetuó en el tiempo cobrando especial relevancia el hecho de haberse establecido una cláusula que prevé la modalidad de renovación automática del contrato que vincula a la OSPJN, que representaba en su carácter de Jefe de Servicio odontológico, con la empresa prestataria que pertenece a su familia ...”* -fs. 114-.

Por ello, sostuvo que *“... a los efectos de computar el tiempo para determinar si estas actuaciones se prescribieron, debe tomarse como punto de partida la fecha en que el contrato dejó de producir efectos jurídicos, esto es, el 14 de mayo de 2002 cuando se ordenó la rescisión del mismo”*, de manera tal que teniendo en cuenta que *“... Rubens Torresi fue llamado a prestar declaración indagatoria el día 10 de febrero de 2004 (...); que con fecha 30 de septiembre de 2009 el fiscal de grado requirió la elevación a juicio del nombrado en orden al*

delito previsto y reprimido en el art. 265 del Código Penal (...) y que, finalmente, el 17 de marzo..." de 2010 "...se corrió vista a las partes en los términos del art. 354 del Código de forma, cabe concluir que analizados cada uno de los actos con entidad suficiente para interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal seguida contra Rubens Torresi, aún no prescribió" -fs. 114 y vta.-.

3º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación, acompañando la defensa particular las breves notas glosadas a fs. 136/137.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, inc. 1º del Código Procesal Penal de la Nación es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó la errónea aplicación de la ley sustantiva y además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del mencionado digesto procesal.

-III-

El tribunal de anterior instancia señaló que el ilícito atribuido a Torresi en carácter de autor, negociaciones incompatibles con la función pública, es un delito especial propio, de manera que sólo puede resultar autor un funcionario público.

En tal sentido, dijo que más allá de las posturas respecto de la consumación del delito, lo cierto es que el hecho imputado al nombrado tipificado en el art. 265 del Código Penal "*... nunca pudo haber cesado con posterioridad al momento en que aquél dejó la función pública, esto es, el 1º de agosto de 1996*" - fs. 105 vta.-.

En consecuencia, expresó que desde esa fecha hasta el 10 de febrero de 2004 -primer llamado a prestar declaración indagatoria- transcurrió el máximo de pena prevista -seis años- para el hecho reprochado sin que haya mediado algún otro acto con eficacia interruptiva a la luz del art. 67 del Código Penal.

Ahora bien, desde ya adelanto que el recurso interpuesto habrá de ser rechazado y por ende será confirmada la resolución puesta en crisis.

En efecto, el delito reprochado a Torresi, negociaciones incompatibles con la función pública, previsto y reprimido en el art. 265 del Código Penal, es un delito instantáneo que tiene lugar cuando el agente *“se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”*.

La doctrina sostiene que *“El delito se consuma con la acción de interesarse, esto es con la intervención, como parte privada del funcionario, en el contrato o la operación, dándose el desdoblamiento del funcionario público...”* (cfr. Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, t. III, p. 326).

El carácter de delito instantáneo del tipo del art. 265 del Código Penal es admitido hasta por el recurrente, aclarando que existe la posibilidad de que sus efectos sean permanentes, como en autos.

En tal sentido cabe recordar que el enunciado del art. 63 del C.P. indica que la prescripción comenzara a correr, en lo que aquí interesa, desde el día *“en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse”*. La consideración normativa de ese enunciado exige discernir el significado jurídico que envuelve el término cometer y esto, en relación con la peculiar tipicidad del injusto analizado en este proceso en tanto la negociación llevada a cabo preveía una renovación automática.

Cometer el delito implica en principio realizarlo -ejecutarlo- o, como en este caso donde no se alude a una tentativa, consumarlo. Atendiendo a los razonamientos del recurrente arriba reproducidos, la comprensión sobre esa última circunstancia gira en torno al momento de producción del resultado que, en ciertos

sucesos, puede distinguirse del mero momento de la acción. En lo que aquí interesa, la negociación ilegal se concretó con la efectiva intervención del imputado en su carácter de funcionario en formalización del convenio cuestionado. Esto ocurrió ya con la firma que daba operatividad al negocio pero, como quedó expuesto antes, su extensión se proyectaba en el tiempo.

Por eso una parte de la doctrina distingue entre una "*consumación formal*" y otra de orden "*material*" entendiendo por esta última la terminación o agotamiento del ilícito (Silva Sánchez). Ese agotamiento toma en consideración en casos como el presente la continuidad de la maniobra del funcionario a través de la prolongación de sus efectos.

Tanto en el derecho comparado cuanto en nuestra propia legislación penal en la materia, el legislador ha tomado en especial consideración este aspecto. Por eso distingue normativamente la situación de continuidad delictiva a los fines de la prescripción. Así una primera "consumación" no implica el agotamiento en términos de injusto de la conducta cuando se verifica esa especial circunstancia de extensión en el tiempo.

Así, por ejemplo en el Código Penal español -art. 132.1- se hace distinciones cuando se trate de delito continuado, permanente, o con habitualidad etc., para marcar el inicio de la prescripción. De hecho, en el lenguaje penal alemán se diferencia entre *Beendigung* -terminación- y *Vollendung* -consumación formal-. Las prescripciones del Código Penal alemán en esta materia guardan analogía con las disposiciones del art. 63 del Código Penal argentino. En esa línea queda establecido que los resultados posteriores a esa concreción formal, en tanto pertenezcan al tipo, son en verdad los que determinan el punto de referencia de la prescripción que, en los supuestos de fraudes, vienen signados por el aprovechamiento -u obtención- de la ventaja ilícita emergente de la disposición patrimonial (Cfr. *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufgabe*, Urs Kindäuser, parágrafo 78°, a cargo de Michael Lemke, págs. 2153/2154) extremo

que entiendo, cabe asignar en casos donde ese perjuicio no forma parte del tipo, a las circunstancias de infracción de deber que están en su expresión de significado normativo.

Por lo tanto, en sucesos como el que está bajo análisis, suele aparecer dentro de la consideración objetiva, una consumación de tipo formal que se anticipa a la efectiva terminación o agotamiento de la relevancia delictiva.

Desde la perspectiva subjetiva, ese desarrollo objetivo de los hechos en estudio, estuvo dirigido desde un comienzo a una finalidad que determinaba la extensión de la ilicitud del funcionario en el tiempo. La consumación formal, no agotó pues el hecho sino que necesariamente éste debía desenvolverse más allá de esa instancia para alcanzar el sentido propio del injusto y concretar el plan ideado según el a quo por el imputado.

La permanencia en funciones del sujeto activo -en este caso por la naturaleza del tipo, el funcionario-, hace que los resultados posteriores de la negociación ilegítima no aparezcan como extratípicos, sino como exteriorización de la propia comisión dirigida por el acusado Torresi.

Por eso el delito imputado se "*comete*" en términos jurídicos durante el período en que se desarrolló -continuó-la afectación a la que atiende el tipo penal en cuestión. Si el delito sólo se "*termina*" tras la "*consumación formal*" -decía Jescheck- el momento de la "*terminación material es el decisivo para el comienzo de la prescripción*" ("*Tratado de Derecho Penal*", 4ta edición, Comares, pág. 824).

Justamente, para asumir esta circunstancia especial de comisión delictiva, ya en la ley 4189 se estableció en su artículo 16 que la prescripción comenzara a correr si el delito fuere continuo desde el momento "*en que cesó de cometerse*", ampliando así las previsiones del proyecto Tejedor y el de Villegas, Ugarriza y García. En la estructura actual del código, el texto remite al proyecto de 1891 -art.100-. Rodolfo Moreno (h), explica que esta circunstancia es "*perfectamente lógica*" pues en delitos que "*constan de actos diversos...no dando lugar sin embargo cada acto a que se le considere como un delito separado, es*

evidente que la repetición significa la actividad criminal, y no es posible que la prescripción empiece a correr sino después que tal actividad ha cesado totalmente" (cfr. "El Código Penal y sus antecedentes", Tomo III, H.A. Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, págs. 187/188).

La lógica de esa regla también encuentra sustento en la actual dogmática penal, pues se indica que en el delito continuo, el art. 63 del C.P. dispone que "*la prescripción comenzará a correr desde que cesa su última etapa*" (cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, "*Derecho Penal, Parte General*", Ediar, Buenos Aires, págs. 826/827). No se trata por lo demás de una mera exteriorización causal, objetiva o reiterativa, sino que la permanencia en funciones del sujeto sobre el cual recaen los deberes especiales de la institución pública, determina la continuidad de la colisión de intereses que está en el centro axiológico del tipo de injusto imputado.

Esta circunstancia, por lo demás, es alcanzada en términos de imputación subjetiva por un "*dolo total*" que es expresión del plan del autor -"*querer la realización típica de esa manera...por lo que configura el enlace óntico...ligándolos desde antes de agotamiento del primero hasta la realización del último*" (Zaffaroni).

Por eso, si bien el delito ha quedado formalmente consumado cuando el sujeto activo se interesó en el contrato u operación, su agotamiento material se extendió en el tiempo en virtud de las especiales características otorgadas al negocio por el propio funcionario.

En tal sentido, cabe señalar que a diferencia del texto originario del Proyecto Tejedor que integraba dos situaciones diferentes, esto es, la del fraude en perjuicio del Estado y la de interesarse en negociaciones en virtud de su cargo; en el tipo penal actual, este último comportamiento se ha independizado, adquiriendo un carácter eminentemente formal (Cfr. Rodolfo Moreno (h), "*El Código Penal y sus antecedentes*", Tomo VI, H.A. Tommasi editor, Buenos Aires,

1923, págs. 244/249). Se trata pues de un delito especial, de infracción de deber, que no requiere de un perjuicio en términos patrimoniales, como en el caso de la defraudación a la administración pública antes aludida en el ejemplo de la legislación alemana. El riesgo jurídicamente desaprobado en el tipo del art. 265 del C.P., se constituye según Moreno, cuando el funcionario se mueve "*en un asunto determinado por motivos de interés privado distintos a los que deben gravitar exclusivamente sobre sus actos, o sea los de carácter público*". De allí que el tipo requiera que el agente sea un funcionario público, se interese por el contrato u operación, intervenga en razón de su cargo y que el interés privado lo adquiera directamente o por persona interpuesta.

Por eso Núñez advierte que se trata de un delito formal, que se consuma "*con el hecho de inmiscuirse como parte privada en el contrato u operación en que el autor ya interviene como funcionario...sin atender a las resultas del caso*". En lo que interesa para el tema, y conforme la distinción entre consumación formal y agotamiento material que aquí se sigue, este autor explica que "*el delito puede asumir formas instantáneas o permanentes, pues si bien la ingerencia ilícita del autor puede agotarse en un negocio de carácter instantáneo, también puede concretarse en un negocio de carácter permanente*" (Cfr. Ricardo Núñez, Tratado de Derecho Penal, Lerner, Tomo V, vol.2 pág.131). Tal es el caso, justamente, del negocio cuestionado, en razón de su renovación automática prevista desde el inicio en el contrato en que intervino el imputado.

Si bien en este punto cabe dar la razón al recurrente, de todos modos no es posible concluir como pretende al señalar que el injusto atribuido al acusado debe extenderse hasta la rescisión del mismo, el 14 de mayo de 2002, cuando "*el contrato dejó de producir efectos jurídicos*".

Ello así porque la naturaleza del tipo de injusto investigado determina la intervención de un funcionario público como quedara expuesto más arriba. Los delitos especiales de infracción de deber, exigen la vigencia de ese vínculo institucional en el que se funda la imputación al sujeto. Más aún en este caso, en que no solo reclama la investidura de funcionario sino además su "*intervención*"

en términos que afecten la imparcialidad y pongan su competencia pública en una operatoria asimilable al interés privado. En lo que tienen de "dominio" las conductas típicas a las que alude el art. 265 del C.P., al igual que en punto a sus implicancias institucionales -"de infracción de deber"- la virtualidad del injusto cesa al momento en que el sujeto ha abandonado la función pública. Con ello ha cesado el motivo que, en términos normativos, da sustento al tipo en cuestión ya que, en el caso de autos, no se infiere la existencia de perjuicio de naturaleza patrimonial en la administración -que determinaría la concurrencia de otro tipo de injusto- sino la violación de un delito de características formales. Desaparecida la infracción del deber, esa formalidad cesa junto con la función de Torresi.

Por eso resulta adecuadamente fundado lo sostenido por el *a quo* en punto a la interpretación de la figura del art. 265 del Código Penal. Es que tratándose de un delito especial propio que sólo puede ser cometido por un funcionario público con competencia para intervenir en la operación en cuestión, al abandonar Torresi la función pública el 1º de agosto de 1996, existe una imposibilidad legal de achacarle al nombrado el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas en calidad de autor con posterioridad a esa fecha, aunque se haya dispuesto con anterioridad la renovación automática del contrato y ésta haya tenido lugar después de la desvinculación del agente de las funciones públicas.

-IV-

Por todo lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 111/114 vta. y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 104/106 vta., sin costas.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

El delito permanente es aquel en el que la consumación delictiva se extiende en el tiempo, aun cuando ya en la primera acción se hubiese consumado, puesto que hasta que no cesa la conducta reprochada "se sigue cometiendo". Claro ejemplo es el secuestro que se consuma en el instante en que la víctima es privada de su libertad pero que se sigue cometiendo hasta que la recupera.

Considero al *sub examine* uno de estos delitos; pero aun para quienes lo contemplan como delito instantáneo de efectos permanentes, la solución no varía en el caso, puesto que de cualquier modo su consumación no puede extenderse más allá del apartamiento del encausado de la función pública.

En efecto, la especie acriminada exige en el autor la calidad especial de funcionario público; por ello, como bien lo sostiene el preopinante, la comisión del injusto cesa al perder el sujeto activo esa condición.

Me adhiero pues al voto del Dr. Guillermo J. Yacobucci.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Que sin perjuicio de compartir la solución del primer voto, lo cierto es que basta con un examen del supuesto de hecho de la figura legal del art.265 C.P., que conmina con pena al funcionario público "*que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo*".

Se trata de un delito de pura actividad en el que lo decisivo es la intervención funcionario en un contrato u operación en razón del cargo, y el interés de obrar en beneficio propio o de terceros, lo que es incompatible con el interés de la administración que debe defender y privilegiar. A ese efecto es irrelevante cuál es el resultado o efecto concreto de su intervención o la existencia

de perjuicio patrimonial para la administración. Se señala que "*lo punible no es el acto del fraude patrimonial o su intento, sino, en sí mismo por el peligro que implica el simple acto del agente de tomar interés ajeno al de la administración pública o al del particular en cuyo interés obra*" (NÚÑEZ, Ricardo, "*Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*", ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, t.V, vol. II, pág. 128,). En síntesis, no son dirimentes las consecuencias que la intervención interesada del funcionario pudiese acarrear sobre el resultado económico del contrato en el que se interviene, o la inexistencia de concesiones a los contratantes desventajosas para la administración pública. La razón de la punición es que la intervención en favor de un interés ajeno al de la administración es incompatible con el deber de actuar en el exclusivo interés de aquélla. El legislador ha querido preservar aquí que el ejercicio de la función pública se satisfaga y honre sin tacha ni sospecha de corrupción y no el patrimonio público directamente, porque el interés de la administración, cuyo fin no se ciñe, a diferencia de la libre empresa garantizada por el art. 14 C.N., a la persecución del mayor beneficio económico posible. De suerte tal que, aunque por hipótesis la ecuación económica fuese neutra o hubiese redundado en un beneficio para la administración pública, el funcionario que al intervenir en la contratación u operación se hubiera interesado en miras de un beneficio propio o de un tercero, satisface el supuesto de hecho de la figura del art. 265 del Código Penal.

Así, en los términos del art. 63 CP, se concluye que el delito atribuido debe estimarse cometido, a más tardar, el día de la firma del convenio entre la Obra Social del Poder Judicial de la Nación y el "Centro Personalizado de Odontología SRL", es decir el 1º de diciembre de 1995.

-II-

En el año 1995 regía el texto del art. 67 del C.P. -texto según ley 25.188- cuyo cuarto párrafo disponía que "*(l)a prescripción se interrumpe por la*

comisión de otro delito o por secuela del juicio”; mientras que al momento de la sentencia había entrado en vigencia el nuevo texto legal introducido por ley 25.990. Ante la sucesión de leyes en el tiempo corresponde determinar cuál es la ley aplicable a tenor del art. 2 C.P., porque sólo fijado el alcance de las leyes sucesivas podría decidirse si debe aplicarse la vigente al momento del hecho, o si es más favorable a la situación del imputado la ley que la sucedió.

Entiendo que ello es imperioso aun cuando no se ha suscitado controversia entre las partes en torno a la ley aplicada en el caso -esto es, art. 67, cuarto párrafo, C.P., según ley 25.990-. En efecto, por imperio de su deber de sujeción a la ley, el Tribunal debe establecer la recta interpretación y alcance de cada ley sucesiva con independencia de las alegaciones de las partes, según lo sintetiza el principio *iura curia novit*.

En esa dirección, debo recordar que de acuerdo a la interpretación del alcance del concepto “*secuela de juicio*” que expuse por primera vez en esta Cámara en la causa Nro. 9166 de esta Sala, “Berazategui, José María y otro s/recurso de casación” (Reg. Nro. 13.063, rta. el 12/8/08) el curso de la prescripción admite “*una única oportunidad de interrupción*”, la que identifiqué con “*el momento en que un órgano del Estado formula oficialmente cargos contra el imputado, notificándolo de los hechos de la imputación*”.

El decreto por el que se dispuso citar a Rubens Torresi para comunicarle los hechos imputados y darle oportunidad de prestar declaración indagatoria, de 10 de febrero de 2004 (cfr. fs. 251/vta.), ha operado ese único efecto interruptor. De allí que, aplicando la ley vigente al momento de cometerse los hechos imputados, concluyo que, teniendo por cometido el hecho a más tardar el día 1º de diciembre de 1995, al momento de disponerse la citación a prestar declaración como imputado había transcurrido en exceso el plazo de prescripción de la acción penal de seis años, que surge de confrontar el art. 62, inc. 2, C.P. con las penas del art. 265, del C.P., según la calificación de los hechos, que no ha sido puesta en cuestión. Sentado ello, considero insustancial examinar cuál sería el resultado que arrojaría la consideración del punto bajo la ley posterior n 25.990.

Por estas razones, el recurso de casación debe ser rechazado, y la decisión recurrida confirmada en cuanto ha sido motivo de agravio.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 111/114 vta. y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 104/106 vta., sin costas. (arts. 470, a *contrario sensu*, 530 y 532 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Guillermo J. Yacobucci -Luis M. García - W. Gustavo Mitchell. Ante mí:
Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado CSJN