

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*

MARCELO A. SANCINETTI
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Las cuestiones a resolver:* I. El «interés» como elemento del tipo objetivo o subjetivo. II. La delimitación del «interés»: 1. La «naturaleza» del interés. 2. La «titularidad» del interés: a) El problema. b) Los antecedentes históricos y su comparación. c) La interpretación teleológica. III. La atinencia de la función al cargo (competencia e imputación).—3. *La estructura del tipo:* I. Tipo objetivo. II. Tipo subjetivo.—4. *Autoría y participación.*—5. *Conclusión.*

1. INTRODUCCION

En esta exposición me ocuparé de analizar el contenido de lo injusto del tipo penal del artículo 265 Código penal argentino, es decir, del llamado delito de «negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas».

(*) Este texto constituye la reformulación escrita —con algunas diferencias de detalle— de la exposición pronunciada con motivo de los concursos de noviembre de 1985, para asignar cargos de profesores titulares o asociados del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires.

Los puntos de vista que sostengo en este artículo requerirán un debate mucho más amplio del que admitía el brevísimo lapso fijado para las oposiciones (35 minutos). Por otra parte, advierto desde ya que no puedo sostener a ultranza que la propuesta de interpretación que formulo aquí sea irrefutable; por el contrario, existen buenas razones para dudar de su acierto. He querido publicar este trabajo, sin embargo, manteniendo su estructura original, con el propósito de abrir una discusión respecto del artículo 265 CP argentino, que podría ser fructífera para el tratamiento de un problema de incuestionable importancia político-criminal.

También con relación al derecho español la cuestión necesita ser rediscutida sobre nuevas bases. Buena parte de los argumentos que expongo en el texto son enteramente aplicables a la interpretación del artículo 401 del Código penal español vigente, que fue una de las fuentes del artículo 265 del Código penal argentino, sobre la base de la redacción casi idéntica del artículo 324 CP español de 1848, y del artículo 412 CP español de 1870. Otra fuente del texto argentino fue el artículo 176 del CP italiano de 1889 (inspirado a su vez en el Código sardo de 1859 y en el Código toscano de 1853).

La interpretación que voy a proponer enseguida se apartará de modo considerable de la explicación teórica formulada corrientemente por la doctrina nacional.

El motivo de esta propuesta divergente se origina en una profunda preocupación por un problema de indudable trascendencia político-criminal —probablemente el de mayor trascendencia después de las tremendas violaciones a los derechos fundamentales del hombre—, cual es la gravedad que reviste en la Argentina la delincuencia económica cometida por funcionarios, caracterizada por una muy alta cifra negra y una escasísima cuota de esclarecimiento en los pocos casos concretos en que se emprende una investigación.

El problema social base está determinado por factores diferentes que es preciso tener en cuenta a la hora de resolver los problemas interpretativos que presenta este delito. Por un lado, la inexistencia de controles de legalidad durante los regímenes ilegítimos, *de facto*, y el muy escaso ejercicio del control político de los actos de gobierno durante los períodos de administraciones *de jure*. Por otro lado, la limitada idoneidad de los órganos de persecución y de aplicación penal en las instancias administrativas y judiciales. Finalmente, la elevada dificultad probatoria que presentan, en los contados casos que son investigados, los delitos de estafa y defraudaciones, dificultad ante la cual sería aconsejable reaccionar —como se propone en el Derecho penal económico— mediante la creación de adecuadas figuras de peligro abstracto.

De estos factores diversos, el último —la dificultad probatoria en las formas comunes de estafa y defraudaciones quizá pueda ser superado mediante una adecuada interpretación del artículo 265 del Código penal argentino, como la que, según creo, voy a realizar en este lugar.

Y es que la descripción del delito de «negociaciones incompatibles» adolece de una profunda ambigüedad, una textura abierta, en la que se puede advertir muy claramente la diferencia entre lo que se llama modernamente, con denominación de Schmidhäuser, *tipo del texto y tipo de la interpretación*.

En nuestro país (1) se ha sostenido uniformemente, del mismo modo que en España e Italia, que este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la Administración Pública y el prestigio de los funcionarios; se pretende (para decirlo con palabras de Soler) «el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad»; es decir, se protege ante todo la transparencia de los actos administrativos. Sólo de modo mediato esta incriminación estaría orientada también a proteger el interés económi-

Todas estas fuentes reconocen como origen común el artículo 175 del Código penal francés de 1810.

Para facilitar el método comparativo, al término de este trabajo publico un apéndice que contiene los textos legales actualmente vigentes en Argentina, España, Italia y Francia (N. del A.).

(1) Me refiero a la Argentina. En adelante, omito la aclaración (N. del A.).

co de la Administración que, desde luego, con frecuencia quedaría afectado si se admitiera de modo general que quienes se hallan al cuidado de los negocios públicos actúen de modo interesado o parcial.

A pesar de partir de esta explicación satisfactoria del bien jurídico protegido, la doctrina nacional ha explicado este delito de modo sumamente restringido, alcanzando prácticamente sólo al caso del funcionario que contrata *para sí* con la Administración en un negocio jurídico en el que él mismo interviene por ella (es decir, un contrato del funcionario consigo mismo). Esta es la interpretación que se ha dado, de manera casi unánime, acerca de lo que significa *interesarse en una negociación en la que se interviene en razón del cargo* (tipo del texto); y en los casos en los que se ha deslizado algún criterio más amplio como ciertas opiniones de Núñez y Creus, por ejemplo, ello ha sido sin hacer explícita ninguna fundamentación, con límites, por otra parte, muy difusos, y sin destacar tampoco las consecuencias prácticas que derivarían desde el punto de vista político-criminal.

El resultado ha sido que este delito careció siempre de toda utilidad práctica, tanto desde el punto de vista de la *prevención general, positiva y negativa*, cuanto desde la *prevención especial*, como lo demuestra el hecho de que nuestra jurisprudencia, exactamente igual en esto que la española y a diferencia de la italiana, no registra absolutamente ningún caso de verdadera trascendencia. Y no lo registra, no porque no hayan existido casos de funcionarios que «se interesaran» —al menos, en algún sentido posible de esta expresión— en las negociaciones a su cargo, sino porque es lo característico de un estilo de pensamiento dogmático que prescinde de las consecuencias; modelo que no se corresponde con la apertura a las ciencias sociales que la dogmática ha registrado a partir de los últimos años de la década pasada, por la fuerte presión ejercida, precisamente, por las ciencias empíricas.

La jurisprudencia italiana, por el contrario, ante un texto legal que presenta sólo ligeras diferencias con el argentino —y que proviene de un tronco común: el art. 175 del Código penal francés de 1810, todavía vigente—, registra innumerables condenas por este delito, gracias a que la Corte de Casación ha hecho una interpretación más dinámica del texto de la ley, en correspondencia, probablemente, con una mayor conciencia del pueblo italiano por el ejercicio responsable del control político.

Permítaseme proponer aquí, entonces, una interpretación alternativa del artículo 265 del Código penal argentino.

Los métodos *comparativo* y *teleológico* serán las pautas de orientación de la propuesta alternativa que presento.

2. LAS PREGUNTAS A RESOLVER

¿Cuáles son, pues, los puntos concretamente problemáticos?

¿Qué posibles *tipos de interpretación* ofrece el *tipo del texto*?

En pocas palabras: ¿qué significa «interesarse en un contrato u operación en que se interviene»?

Dos cuestiones aparecen aquí en un primer plano.

I. EL «INTERÉS» COMO ELEMENTO DEL TIPO OBJETIVO O SUBJETIVO

La primera: ¿es lo constitutivo que el autor *obtenga un «interés»* en una negociación en la que *interviene*, o es determinante más bien que el autor *intervenga* en una negociación *persiguiendo un interés*? ¿El tipo penal se realiza (consume) porque el funcionario *concrete un interés* (beneficio) o porque *actúe interesadamente*?

Ambas interpretaciones son, en principio, compatibles con la expresión «interesarse en un contrato u operación en que se interviene» (tipo del texto), de manera que el método gramatical no ofrece aquí solución alguna.

La primera interpretación, desde el punto de vista dogmático, condicionaría el momento consumativo a *la obtención de aquello en que consista el interés del funcionario* y probablemente retrasaría también al propio comienzo de ejecución hasta el instante en el que el autor estuviera *a punto* de concretar el interés. La segunda alternativa, al no caracterizar la conducta por la obtención de un interés, sino por la mera intervención en el acto *con miras a un interés futuro no administrativo* (desviación de poder, en el lenguaje del Derecho administrativo moderno), adelantaría al comienzo de ejecución y a la consumación misma al momento en que el autor tomare injerencia en las tratativas, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la Administración.

Pero las consecuencias prácticas de esta alternativa tendrían acaso mayor repercusión desde el punto de vista político-criminal, por su relación con la dificultad o simplicidad probatoria, porque, según la primera interpretación, la imputación objetiva requeriría demostrar la existencia de un beneficio final (obtener un interés) y la adecuación al tipo exigiría comprobar la identidad entre el *interés «representado»* (dolo) con el obtenido; conforme a la segunda, en cambio, sólo sería preciso demostrar que el funcionario actuó con una *tendencia beneficiante*, con independencia del resultado económico final.

Es posible, a mi juicio, resolver rápidamente esta primera cuestión en favor de la interpretación más amplia del tipo penal, porque es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, que define el ámbito de lo injusto de este delito, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto *el funcionario realiza un acto des-*

viado por la prosecución de un interés espurio, o sea: al tomar, el funcionario, en la actuación administrativa —y para decirlo con palabras de la Corte de Casación italiana— una *ingerenza profittatrice*, es decir: una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento), condicionando la voluntad negocial de la Administración, por la *inserción* del interés particular.

La cuestión podría ser acaso más problemática si el Código penal argentino hubiera conservado la pena de multa que contiene aún hoy el texto del Código penal español (art. 401), porque esta fuente española, siguiendo al Código penal francés de 1810 (art. 175) prevé una pena de multa en proporción al «interés que (el funcionario) hubiere tomado en el negocio», dando por supuesto, al parecer, que la comisión del delito implicara la *obtención de un interés económico* (2). Pero, en todo caso, precisamente el hecho de que nuestra ley haya prescindido de esta pena e incluido pena privativa de libertad, como existe en el Código penal italiano, que también fue fuente de nuestro texto, apoya, *históricamente*, la *interpretación teleológica* que propongo, o, cuando meno, nos dice nada en contra de ella.

Por otra parte, la confrontación del problema con el Derecho administrativo, por ejemplo, también muestra a una interpretación amplia como más adecuada, pues es una conquista del derecho moderno que se considere elemento esencial del acto administrativo, el que se obre movido por una finalidad administrativa legítima, y no por un interés particular. El propio vicio de *desviación de poder* en la teoría, práctica y legislación modernas, es una prueba eficiente de ello.

Por consiguiente, el «interés» del que habla el texto es un requisito que se halla exclusivamente en el *tipo subjetivo*, como un «especial» elemento subjetivo del injusto, que acompaña a la actuación administrativa por razón de cargo.

II. LA DELIMITACIÓN DEL «INTERÉS»

La segunda cuestión que quiero considerar ahora consiste en caracterizar el interés.

¿Hacia qué debe orientar su actuación concretamente el funcionario para que «se interese» en el sentido de la ley?

Podemos distinguir aquí dos aspectos: la *naturaleza* o *contenido* del interés, y el *destinatario* o *titular* del interés.

1. La «naturaleza» del interés

El primer aspecto se refiere a si el interés perseguido debe ser necesariamente de naturaleza *económica*, o si es suficiente un interés *particular* cualquiera; por ejemplo, ¿constituye una injerencia de aprovechamiento suficiente para el artículo 265 del Código penal argentino que, al decidir una licitación, el funcionario elimine a la empresa de su enemigo político?

(2) Esta «dificultad» interpretativa no sería, en todo caso, incontestable en el ámbito del Derecho penal español (N. del A.).

La jurisprudencia italiana, por ejemplo, ha admitido siempre que la injerencia de cualquier interés no administrativo realiza el tipo penal.

La doctrina argentina ha dado, sin embargo, también en este punto, una respuesta restrictiva (especialmente, Soler), sobre la base de que nuestra ley se refiere a *contratos u operaciones*, en tanto el Código penal italiano menciona a *cualquier acto*, y, también, en razón de que el segundo párrafo del artículo 265, que extiende la punibilidad a los peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas y síndicos, se refiere siempre a operaciones de carácter económico.

En verdad, estos argumentos serían insuficientes, por sí solos, para aceptar esa restricción, porque del hecho de que el *acto administrativo* deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva que también el *interés perseguido* deba tener igual naturaleza. También en un contrato se puede actuar en virtud de un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico —como ocurre en el ejemplo anterior del enemigo político—, y quedar la imparcialidad de la Administración tan afectada como si se tratara de un interés económico. En todo caso, son razones históricas las que podrían apoyar la interpretación restrictiva, porque en su raíz hispánica este delito nació confundido entre delitos de *fraude y exacciones ilegales*, como sigue llamándose el capítulo pertinente del Código penal español vigente.

Sin embargo, sea de un modo o de otro, lo cierto es que este aspecto no reviste la trascendencia práctica que se le atribuye; porque el centro del problema social base —como planteé al comienzo— lo constituye, precisamente, el caso de que se inmiscuyan en las contrataciones del Estado, intereses particulares de carácter *económico*, y no de otra naturaleza.

El caso del enemigo político se halla en una zona marginal. Si se demostrare que este caso también corrompe con frecuencia a la actuación imparcial de la Administración pública argentina, entonces sería acaso plausible intentar también en este aspecto una interpretación teleológica orientada *out put*, es decir, por las consecuencias, incluyendo a estos casos también en el *tipo de la interpretación*. Entretanto, la cuestión puede quedar abierta.

2. La «titularidad» del interés

a) El problema

En cambio, sí es decisiva y altamente problemática la cuestión relativa a si el interés ha de ser necesariamente propio, personal del funcionario, o si es suficiente el interés en beneficiar a un tercero.

Desde luego, no pretendo sostener la ingenuidad de que este es el punto decisivo porque los funcionarios argentinos tengan la costumbre de delinquir sólo altruistamente, beneficiando a sus amigos antes que a sí mismos, sino por una dificultad procesal, probatoria, que explicaré en un momento.

También en este sentido la interpretación gramatical admite am-

bas posibilidades; pues si bien el reflexivo «interesarse» alude a que el propio funcionario «se interese», esto, de todos modos, no demuestra que quede afuera del texto el caso del funcionario que «se interesa» por un tercero, porque ésta también es una manera de actuar *interesadamente*.

b) *Los antecedentes históricos y su comparación*

Tradicionalmente, el artículo 265 del Código penal argentino fue explicado, con arreglo a las fuentes españolas, como reprimiendo la actuación en un contrato administrativo en el doble carácter de representante y representado, de modo análogo a cómo el artículo 1.361 del Código civil, por ejemplo, prohíbe la compra a los padres tutores y curadores de los bienes de las personas a su cargo, a los albaceas para con las testamentarias, a los mandatarios con relación a los bienes de su comitente, y a los empleados públicos respecto de los bienes de la administración de cuyo cuidado estuvieran encargados. De análoga inspiración son otros preceptos del derecho privado, de la Ley de Sociedades, por ejemplo, que imponen restricciones a quienes quieran contratar con la sociedad que administren.

Si se vincula el *tipo del texto* sólo con estos casos —lo que parecería corresponderse con la extensión de punibilidad del segundo párrafo del artículo 265 del Código penal a que antes me referí—, entonces el «interés» que debe perseguir el funcionario, en el sentido de la ley, tendría que ser necesariamente *propio*, porque aquellas prohibiciones tienen en cuenta siempre un interés particular del representante, que actúa a la vez como cocontratante de la Administración que representa.

Esta tradición interpretativa más o menos inconsciente encuentra origen histórico en la circunstancia de que el texto del Código penal español de 1848, fuente directa y literal de la expresión «se interesare», de nuestra ley, tuvo por antecedente al Código penal español de 1822, que decía, precisamente, en forma *explícita*, «cualquier funcionario... del gobierno... que tome *para sí* en todo o parte finca o efecto...».

Por otro lado, la expresión «... por persona interpuesta, o por acto simulado», que proviene del Código penal francés, parece sugerir también que si al legislador le preocupa que alguien *se interese por persona interpuesta*, es porque la *interposición*, como tal, estaría siempre para obtener el funcionario, a través de la intermediación, un «interés *propio*».

Este conjunto de circunstancias históricas y textuales parece apoyar entonces, en este punto, la interpretación más restrictiva.

Sin embargo, existen otros argumentos históricos y comparativos que ponen seriamente en duda la seguridad de esta conclusión.

1. Con relación al argumento de la «persona interpuesta», se debe destacar que diversos párrafos de Rodolfo Moreno (h.) muestran muy confuso el alcance consciente que podía tener, en los antecedentes, esta expresión; porque la *interposición* aparece explicada con frecuencia como intermediación *en la actuación*, y no sólo como intermedia-

ción *en el interés*; es decir, algo análogo a lo que identificaríamos hoy como una *autoría mediata* (indirecta) en la intervención.

2. Por otra parte, el propio Pacheco —a quien se atribuye la autoría del Código penal español de 1848— explicó la expresión: «... *directa* o *indirectamente*», de un modo amplio, como alusivo al caso de que el funcionario beneficiara a su «mujer, sus hijos o hermanos», tesis contra la cual sostuvo una interpretación más restrictiva Groizard, que se impuso en la doctrina española, sin mayor controversia crítica. Por cierto, la tesis más amplia de Pacheco, que algunos autores argentinos recibieron como alcanzando también al caso de la actuación en interés de amigos íntimos o terceros vinculados al funcionario, presenta límites sumamente arbitrarios y de dudosa validez respecto del *principio de legalidad*, porque no es posible que la conducta sea punible o no, de modo totalmente indeterminado, según el mayor o menor grado de amistad o parentesco que el funcionario tenga con el tercero a beneficiar. Pero el hecho de que existiera una tesis como la de Pacheco, aunque fuese equivocada por su *indeterminación*, demuestra que ya en sus orígenes era dudoso hasta dónde podía llegar el ámbito de lo prohibido desde el punto de vista de la *titularidad* o del *destinatario* del interés; y la circunstancia de que Pacheco, como los aludidos autores argentinos, no hayan hallado un buen criterio para determinar el ámbito de lo prohibido sin restringir el tipo penal a la actuación exclusiva en «interés *propio*», no demuestra que la tesis restrictiva —como la de Groizard— fuera necesariamente la correcta.

La cuestión dependería, en todo caso, de hallar el criterio de determinación plausible tanto desde el punto de vista del *tipo del texto*, cuanto del *principio de legalidad*, que no admite dejar absolutamente abierto a cualquier circunstancia el concretar el ámbito de lo prohibido; y lograr, sin embargo, una estructura típica que tenga alguna utilidad desde el punto de vista político-criminal.

3. Por último, de aquella misma época y de raigambre también francesa es el texto del actual artículo 324 del Código penal italiano, en el cual también brevó el legislador argentino, y, sin embargo, a pesar de decir también «por persona interpuesta o por acto simulado, tomare un interés privado», la jurisprudencia italiana afirmó desde antiguo que *interés privado* puede ser tanto un interés del *propio* oficial público cuanto de un *tercero*; y si bien la doctrina italiana mayoritaria ha sostenido la posición contraria, la jurisprudencia de la Corte de Casación se ha mantenido hasta hoy absolutamente firme en el sentido más amplio.

Sería equivocado argumentar, en contra del criterio que estov proponiendo, que aquella interpretación es posible sólo en virtud de que el texto italiano califica al interés de «privado», de modo amplio, careciendo nuestra ley de un adverbio análogo, precisamente porque un adjetivo nunca puede ampliar el marco de referencia conceptual que el sustantivo tendría si el adjetivo no estuviera, del mismo modo que un adverbio no puede hacerlo respecto del verbo. A lo sumo, un adjetivo o un adverbio pueden aclarar que el objeto referido se *man-*

tiene en la mayor amplitud posible. Por consiguiente, la ausencia del adverbio «privadamente», para calificar la forma verbal «interesarse», no puede constituir argumento alguno en contra.

La cuestión es, pues, desde el punto de vista de los antecedentes y del derecho comparado, sumamente oscura como para legitimar una sola interpretación por razones puramente históricas. Cualquiera que sea la jerarquía que pueda haber entre los distintos métodos de interpretación de la ley —punto que está hoy en uno de los primeros planos de la discusión, en la hermenéutica—, no es preciso resolver aquí el problema del método para escoger el método (*meta-método*), porque ni el texto de la ley, ni su historia, analizada comparativamente, ofrecen, en este caso, una solución única.

c) *La interpretación teleológica*

Sólo es posible, entonces, orientar la interpretación *teleológicamente*, en correspondencia con el bien jurídico tutelado y con los resultados de la interpretación desde el punto de vista del problema social que se halla en la base de la discusión.

Parece evidente que, desde el punto de vista de la transparencia e imparcialidad de la actuación de los órganos administrativos, es absolutamente irrelevante que la finalidad espuria consista en beneficiarse a sí mismo o a un tercero. La imparcialidad de la Administración no se halla más afectada por el hecho de que la desviación de poder tienda a beneficiar al autor, que a cualquier otro.

Si partimos de esto, y tenemos en cuenta además qué consecuencias derivarían de una interpretación, y de otra, creo que será sencillo tomar una decisión capaz de obtener el consenso suficiente.

Nos enfrentamos, de hecho, al siguiente problema político-criminal. Es muy extraño que un funcionario aparezca como cocontratante de la Administración en una contratación que él debe decidir como funcionario. Esto sólo ocurre en jerarquías muy inferiores de los cuadros administrativos y en contrataciones de importancia escasa o nula, tal como sucedió, por ejemplo, con unos pobres bomberos voluntarios de la ciudad de Bergamino que compraban y vendían matafuegos en esa localidad, y que fueron condenados por este delito a falta de otro mejor, cuando, además, en ese caso, según mi opinión, el tipo penal no era siquiera aplicable. En las grandes contrataciones, en aquellas en que están claramente en juego «intereses *supraindividuales*», el funcionario adjudica el concurso a la empresa con la que lo unen acuerdos patrimoniales no demostrables; y, entonces, cualesquiera que sean las irregularidades administrativas que cometa para adjudicar el negocio a «su» empresa —lo cual es, con frecuencia, más fácil de comprobar de lo que parece—, nunca se podrá acreditar la real vinculación económica entre el funcionario y el «tercero» (es decir, los acuerdos ocultos).

De manera que una interpretación restrictiva dejaría a la más importante constelación de casos fuera de la adecuación al tipo, y este artículo del Código penal argentino estaría condenado, en su utilidad

social, al más absoluto destierro, como supo hacerlo la práctica argentina.

No sería acertado argumentar que una propuesta de interpretación amplia con la orientación que sugiero contradiría el *principio de inocencia*, por perseguir la finalidad de simplificar la prueba de uno de los elementos de la adecuación al tipo, ampliando la punibilidad con relación a lo que la ley quiere prohibir. Y no sería acertado justamente porque —como he dicho— el bien jurídico protegido se halla idénticamente lesionado, cualquiera que sea el destinatario *final* del interés, en la medida en que este interés no administrativo haya tomado injerencia en la actuación del funcionario. Se trata de una problemática análoga a cuando se critica la introducción de figuras de peligro abstracto, sin advertir que la inclusión de estos tipos penales se justifica precisamente «si ya el mero peligro abstracto es merecedor de sanción» (Tiedemann).

Por consiguiente, desde mi punto de vista, se hace necesario interpretar la expresión «se interesare» del artículo 265 del Código penal argentino, del modo en que lo ha hecho la Corte de Casación italiana respecto de «tomar un interés privado». La acción prohibida se configura, entonces, por una *ingerenza profittatrice*, es decir, por la *manifestación de una injerencia orientada al aprovechamiento de la función pública, sea para beneficio propio o de un tercero*. Lo constitutivo es la inserción del interés privado en el proceso formativo o ejecutivo del acto del cargo, violándose así el deber de actuar en interés exclusivo de la Administración Pública.

Si se acepta la propuesta que presento, entonces, no sólo esta figura podría ser aplicada con buenos resultados preventivo-generales y especiales, sino que dejaría de ser aplicable allí donde no existe ninguna necesidad. Porque si se presta atención a la estructura que sostengo, el mero hecho de cocontratar con la Administración en la que se actúa no es suficiente para fundar la injerencia de aprovechamiento que sostengo como necesaria. Piénsese, por ejemplo, en el caso del funcionario de un banco público que autoriza el otorgamiento de un crédito en favor de una empresa propia, en las mismas condiciones en que lo obtendría cualquier tercero, y cumpliendo todas las reglas que fueran objetivamente requeridas por la línea de crédito pertinente. ¿Por qué razón este comportamiento caería fuera del orden social tan gravemente como para merecer una pena de hasta 6 años de reclusión?

Nótese que la ley 16.648 elevó considerablemente la escala penal de este delito en 1964, sobre la base de un dictamen del profesor Ricardo Núñez que afirmaba que la seguridad del Estado no se asentaba tanto en la «la irrazonable represión de los gobernados, como en la severa custodia de los titulares del ejercicio de la función pública»; parece absolutamente desproporcionado, entonces, que esta pena esté dirigida a un mero acto de *incompatibilidad*, como si se tratara sólo de la infracción a un deber administrativo de *abstención*, y que, en cambio, quien desvíe interesadamente la voluntad negocial de la administración quede indemne mientras no contrate consigo mismo.

En una palabra: lo que constituye lo ilícito no es *cocontratar*, sino el *condicionar la voluntad negocial de las Administración a fines no administrativos* (desviación de poder):

III. LA ATINENCIA DE LA FUNCIÓN AL CARGO (competencia e imputación)

En un plano muy diferente de discusión se halla la cuestión consistente en el grado de *competencia* que debe tener el funcionario para «intervenir *por razón de su cargo*», en el sentido de la ley.

¿Por qué es éste un problema relevante desde el punto de vista político-criminal?

Porque lo que ocurre con frecuencia es que el funcionario, para asegurar los resultados de la negociación, usurpa funciones correspondientes a otro cargo, es decir, que actúa fuera del marco de su competencia administrativa.

Si se restringe el tipo penal a los actos realizados con competencia administrativa suficiente, esto es, sólo a los actos válidos, quedarían fuera de la adecuación al tipo numerosas conductas en las que el funcionario carece de la competencia necesaria desde el punto de vista interno, aunque la Administración quede obligada frente a terceros.

Buena parte de las licitaciones públicas y concursos privados de la Administración son resueltos con vicios de incompetencia cuando el órgano concretamente competente para alguna función técnica no se halla complicado en el entuerto, o resulta muy oneroso obtener el concurso de todos los integrantes, si se trata, por ejemplo, de un órgano colegiado (v. gr., comisiones de preadjudicación).

Estimo que la adecuación al tipo penal queda satisfecha si el acto puede ser *imputado* a la Administración desde el punto de vista externo, con absoluta prescindencia de las reglas internas de *competencia*. En otras palabras, el punto depende del mismo criterio con el que se resuelve, en el contexto del artículo 43 del Código civil, la *atribuibilidad* de un hecho ilícito a toda persona jurídica, por los actos realizados por quienes las dirijan o administren, para lo cual se exige sólo que el acto sea realizado «en ejercicio o con ocasión de las funciones».

La *imputabilidad externa*, pues, y no la *competencia interna*, constituye el criterio de determinación de la tipicidad en orden a que el funcionario «intervenga por razón de su cargo».

3. LA ESTRUCTURA DEL TIPO

Llegado a este punto, puedo describir la estructura total del tipo de este delito.

La división entre *tipo objetivo* y *tipo subjetivo* puede resultar en este caso algo artificial, porque, como dice Stratenwerth, «existen acciones cuyos aspectos exteriores e interiores no pueden separarse en la descripción».

Con esta aclaración provisional, sin embargo, propondré una estructura de la tipicidad, según un *tipo objetivo* y un *tipo subjetivo*, que probablemente suscitará, en un primer momento, alguna resistencia:

I. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo presenta los siguientes elementos:

- a) calidad especial de autor (funcionario público, art. 77, CP arg.);
- b) actuar en actos preparatorios o ejecutivos de un contrato administrativo u otra operación de contenido económico;
- c) que la actuación sea realizada en ejercicio o con ocasión de las funciones asignadas.

II. TIPO SUBJETIVO

Lo constitutivo de lo injusto sólo aparece con claridad en el tipo subjetivo:

- a) el funcionario debe actuar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo (dolo); y
- b) con desviación de poder, es decir, persiguiendo una finalidad de beneficio para sí o para otro, condicionando la voluntad negocial de la Administración según este interés no administrativo («especial» elemento subjetivo del tipo).

Sería equivocado criticar la estructura que presento sobre la base de que no es posible que el *tipo objetivo* no describa ya algo del disvalor ético-social de la acción prohibida. Lo que sucede es que la *actuación administrativa* se convierte en *prohibida*, precisamente si está precedida por el interés particular; aunque objetivamente quizá el funcionario podría haber realizado lícitamente el mismo acto si no hubiera sido porque perseguía tal finalidad espuria. En esto, en que la actuación sea «interesada», consiste el disvalor ético-social.

El segundo párrafo del artículo 265 CP argentino —que extiende la punibilidad a los peritos, contadores, tutores, cuaradores, albaceas y síndicos, respecto de los bienes por los cuales intervengan—, también debe ser interpretado con arreglo a esta estructura.

4. AUTORIA Y PARTICIPACION

El criterio del *dominio del hecho* será en este caso poco operativo para identificar a los autores y distinguirlos de los partícipes, pues todos los que actuaran en la negociación en razón del cargo tendrían «dominio del hecho», digamos, de *su propia intervención*. Decisivo será, entonces, perseguir un «interés» (propio o ajeno), además de actuar como funcionario público; quienes lo hagan sabiendo que existe una injerencia de aprovechamiento y aun así presten su concurso, pero con absoluta indiferencia personal respecto del resultado del negocio, es decir, sin el «especial» elemento subjetivo del tipo, serán sólo *cóm-*

plices, y no *autores*. También serán punibles sólo como *participes*, desde luego, por tratarse de un delito especial propio, aquellos que, aunque actúen persiguiendo un interés definido, no reúnan la calidad especial de la autoría.

Altamente problemática se presenta la cuestión relativa a los límites hasta los cuales sería admisible la invocación de coacción, especialmente por los *participes* de escasa jerarquía, con fundamento, por ejemplo, en el temor a la pérdida del cargo.

5. CONCLUSION

Así como dejo explicado este delito, su utilidad social se halla estrechamente vinculada con la necesidad de mantener incólume la imparcialidad en las contrataciones del Estado.

Tengo la firme convicción de que una interpretación como la que propongo, unida a un control político eficaz y a una mejor actuación de los órganos de persecución y de aplicación penal, puede convertirse en un medio idóneo para la prevención de la delincuencia económica en el ámbito de la Administración. Si esto es cierto, habré colaborado para restablecer la confianza en el funcionamiento imparcial y transparente de los organismos públicos, que debe caracterizar —como ha dicho recientemente Bacigalupo, mi maestro, a propósito de la reforma penal española— a un Estado de Derecho.

La filosofía de la ciencia pone hoy seriamente en duda que exista una verdad objetivamente firme allí ante el científico, así como que se pueda hablar de ella con total seguridad; para decirlo con palabras de Popper: «las teorías científicas no son nunca enteramente justificables o verificables». Se tiende hoy a sostener más bien que todo lo que puede esperarse es un consenso suficiente de quienes integran la «comunidad científica». Carezco de opiniones claras acerca de estas cuestiones; pero sea ello así o de otro modo, yo espero que mis puntos de vista hayan podido lograr entre ustedes el suficiente consenso. Muchas gracias.