

CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL MARCO DEL ART. 265° DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Carolina Becerra (*)

Analia I. Zamboni Ledesma (**)

I) INTRODUCCIÓN

La actividad delictiva varía según las circunstancias de tiempo lugar y evaluación moral del acto ilícito. Por tal motivo, el funcionario público en algunas ocasiones no alcanza a comprender realmente la criminalidad del acto y su propia actividad lo lleva a distorsionar la realidad de los hechos, creyendo que su jerarquía lo autoriza a proceder en forma natural, sin siquiera observar que su conducta ha quedado tipificada penalmente.-

II) DEFINICION

(*) Prosecretaria Coadyuvante del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Abogada (UBA). Estudiante avanzada de la Especialización en Derecho penal de la facultad de Ciencias Jurídicas Universidad del Salvador (USAL). Auxiliar de 2° en la materia "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la materia del CPO de esa misma institución: "Criminología y Pensamientos Criminológicos"-año 2008- "Criminología, violencia y realidad social" -año 2006 al 2007- "Criminología y la imputabilidad penal"-año 2003 al 2005 y "Actos violentos cometidos por menores" -año 2002 al 2003- a cargo de la Dra. Susana Marina. Autora de varios artículos. Colaboradora en la investigación "Daño urbano" del instituto de investigaciones sociales y jurídicas "Ambrosio Gioja" de esa misma Facultad. Actualmente se encuentra ternada para el cargo de Agente Fiscal y Defensora Oficial para actuar ante el Fuero de la Responsabilidad penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.-

A la fecha se desempeña como Prosecretaria Coadyuvante en lo Penal y Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

cbecerra@jusbaires.gov

(**) Secretaria del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Abogada (UBA). Título de Especialización en Derecho penal de la facultad de Ciencias Jurídicas Universidad del Salvador (USAL). Autora de varios artículos. A la fecha se desempeña como Secretaria Coadyuvante en lo Penal y Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Referencia: mmconverset@hotmail.com

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en el ¹ código penal argentino se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece: "*Para los fines de la presente Convención, se entiende por: `Función Pública`, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria realizada por la persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. `Funcionario público, oficial gubernamental o servidor público` cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado, o al servicio del Estado en todos sus niveles jerárquicos*".

Según enseña Couture, por funcionario público, debe entenderse: "*Aquella persona que por disposición de la ley, nombramiento de autoridad competente u otro método establecido por normas de derecho público, presta servicios, generalmente permanentes y remunerados, en los poderes del Estado, municipios o entes públicos*". Y explica que etimológicamente, esta palabra proviene del latín “functionis” que equivale a “servicio público”.

Por otra parte, se entiende por Administración Pública al conjunto de órganos al que por ejercicio directo o delegado del poder público, le compete preferentemente la realización de la función administrativa, entendida ésta última como la actividad jurídica del Estado, consistente en la ejecución de normas generales preestablecidas.

Para Bielsa el funcionario público, es aquel que en virtud de designación especial y legal (sea por decreto o sea por elección) y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando ésta se encamina a la realización de un fin público (actividad jurídica o social)".

Para el Código Penal argentino, la función pública es como sinónimo de actividad pública, sin diferenciar la actividad jurídica externa de los agentes (funcionarios), de la actividad interna no jurídica (empleados).

El funcionario actúa naturalmente por el Estado; sea representándolo; sea por una delegación de facultades que el propio Estado realiza, a los fines de que lleve a cabo la misión que se le encomienda en una determinada área.

El Dr. Ricardo Núñez sostiene que tampoco existe la equiparación en el Derecho Penal argentino, pues el empleado público "*no es naturalmente el titular del ejercicio de una función pública, sino que simplemente, presta un servicio vinculado, auxiliariamente, a ese ejercicio*".

Sin embargo, en casos excepcionales, se debe admitir la postura de Daniel Carrera, en cuanto que el empleado puede ser alcanzado por las penalidades previstas en la ley para el funcionario público, cuando en razón de las labores que le son encomendadas participa del ejercicio efectivo del

¹ Código Penal argentino.

imperium del que está revestida la función misma (actos de gestión). Una prueba cabal de este aserto, lo dan las leyes latinoamericanas, que en más de un caso prevén sanciones. En tal sentido, a pesar de la discusión que se generó al momento de la sanción de la ley penal argentina y del unánime criterio en contrario al respecto, creemos que el artículo 77 del Código Penal argentino equipara el significado de empleado y funcionario a los fines de la represión según la actividad que llevan a cabo en un momento determinado. Es decir, que se sigue protegiendo la preeminencia de la administración sobre los administrados y eso presupone un regular, eficaz y normal desenvolvimiento del acto funcional, no importa quien lo encarne si un funcionario o un empleado, bastará que permanente o transitoriamente se esté desempeñando tal función, para entrar bajo las previsiones de las leyes que estudiaremos.

Se nos podrá criticar que así entendidos y equiparados estos conceptos, extendemos el ámbito de punibilidad de la ley penal; pero son múltiples los casos en que el funcionario dotado de imperium (por elección o por delegación en el desempeño de su cargo), delega conforme a Derecho, facultades que le son propias por razones o imposición de las propias labores que se desempeñan en el organismo o dependencia a su cargo.

Si no existiera un límite en la atribución de la responsabilidad penal, caeríamos en una infinita extensión del ámbito de punibilidad de la norma a las conductas ilícitas que se desarrollen dentro del ámbito de responsabilidad de ese funcionario, por lo que correspondería admitir el criterio restrictivo de Carrera reservado solo para aquellos casos en que el empleado de la administración desempeñe actos de autoridad por delegación del superior o de la ley y en forma regular.

Consecuente con la idea de que la protección penal, está instaurada en razón de la función, la regulación propuesta alcanza también al funcionario de facto, que aun cuando no esté revestido de las formas debidas para ocupar o desempeñar una determinada función, de hecho la lleva a cabo valiéndose de la coacción, de la fuerza irresistible, por la autoridad que el desconocimiento del administrado le otorga o que la omisión del Estado le permita.

Penalmente se es funcionario público si se participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente y esa participación en la función pública sólo tiene lugar cuando el Estado delega en una persona, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de cualquiera de los tres poderes de gobierno.

Vincenzo Manzini (junto con Carrara, Beccaria, Bielsa, Núñez, Soler y Creus, entre otros) mencionan: "*Función pública, es el conjunto de pensamiento, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad en la esfera de los órganos legislativo, administrativo o judicial, en relación al Estado, a las otras entidades públicas o a los súbditos (administrados), por obra (normalmente) de los oficios públicos y excepcionalmente por obra de los particulares*".

Función pública entonces, debe ser entendida como aquella que monopólicamente ejerce el Estado a través de sus elementos específicamente designados y sólo por excepción delega a particulares.

Así entendida, para Manzini son oficiales públicos en sentido propio, exclusivamente las personas investidas temporal o permanentemente de función pública, puesto que sólo ellas actúan en lugar y a nombre del Estado o de otra entidad pública cualquiera sea su competencia.

El funcionario ad hoc, que puede ser un empleado o un particular, resulta ser una excepción hasta cierto punto, ya que sus atribuciones, investidura y límite de actuación, reconocen origen en una ley que lo inviste de tal carácter. En tal sentido, Couture define el término ad hoc como: "*Locución latina que se utiliza para significar que determinada designación o facultad, se realiza u otorga para un solo acto o una oportunidad especial*".

Bielsa en su libro *La Función Pública*, llega a sostener que existe una evidente desigualdad en el tratamiento de las conductas de quienes se desempeñan en la actividad pública respecto de las de aquellos que lo hacen en la actividad privada.

Instituciones como la prescripción de la acción penal, en Argentina, no juegan en favor del funcionario público por aquellos delitos que éste comete en la función, mientras se encuentra en el desempeño de su cargo. Distinto trato al del ciudadano común que no tiene esa restricción.

La suspensión del juicio a prueba, es otro beneficio que juega en favor de cualquier ciudadano común con excepción expresamente prevista por la ley cuando en el delito del que se trata haya participado de cualquier modo o en cualquier grado un funcionario público.

El abandono de un cargo es delito en el caso de servicios públicos, no privados; pero podría estar prevista al menos contravencionalmente, algún tipo de sanción para cuando dicho servicio no se presta (médicos u otros de carácter crítico).

Una serie de agravantes de pena, sólo se producen por la calidad de funcionario público que reviste el autor del hecho.

Sólo los funcionarios públicos, están obligados a denunciar delitos, so pena de incurrir en encubrimiento.

En suma, no resulta cierto que la ley penal trata a los funcionarios y servidores públicos del mismo modo que al ciudadano común, y este mayor rigor tiene relación directa con la responsabilidad social que representa el hecho de encarnar a la autoridad y el valor e interés social de preservar la preeminencia de la administración frente a los administrados.

III) LA INCOMPATIBILIDAD DE LOS ACTOS DEL FUNCIONARIO PUBLICO

Para no ahondar en el ámbito de los delitos propios del funcionario público nos limitaremos exclusivamente a lo previsto en el art.265 del Código Penal que establece: "***Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el 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.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.”

Al inicio mencionamos que el funcionario público muchas veces hace una apreciación disvaliosa de su actividad pública, creyendo que su jerarquía le da derechos o facultades donde sólo existe actividad penalmente reprochable, creándose de tal forma una suerte de desigualdad entre el funcionario público y quien no lo es.-

Donde más se patentiza esta falta de igualdad de oportunidades, será en el delito de enriquecimiento ilícito, en el que para algunos autores (como Sancinetti por ejemplo), se llega al extremo de una disposición inconstitucional, porque establecería la presunción de culpabilidad, en contra del supuesto reo y afecta gravemente la garantía de defensa en juicio.

En sí misma, la Autoridad Estatal, es la potestad pública, de la que está revestido todo acto de gobierno (de contenido social), encaminado al bien común.

Claro que esta autoridad, según Couture, es detentada por los agentes del poder público, en razón de su misma investidura. Por esa razón, se denomina genéricamente a los órganos y agentes del poder público: autoridad.

De cualquier modo, este atributo es la consecuencia de aquella cesión de soberanía que el pueblo hace al Estado, para que este último, ejecute su labor específica según lo sostenía Beccaría.

Se reprime el interesarse en cualquier contrato u operación en que se interviene en razón de su cargo.

Este “interesarse” que utilizan las legislaciones propuestas, debe ser interpretado como un “tomar parte”, como un intervenir en forma privada por sí o por un tercero, en aquel negocio o contrato, en el que también toma parte en representación de la administración.

Soler -citado por Creus- señala con magistral simpleza en qué consiste esencialmente esta conducta cuando dice que: *"se trata, de un simple desdoblamiento de la personalidad del funcionario, de manera que, a un tiempo resulta intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado"*.

La jurisprudencia encontrada reafirma estos conceptos:

"Este delito exige de modo exclusivo... que exista coetaneidad entre el ejercicio del cargo y la negociación, pues si hubiera una real y efectiva desconexión, no podría dudarse de la pureza de la intervención" (C.N.Fed.C. y C., Sala II, 13-VII-1982, E.D., 106-180).

No es necesario que se obre de mala fe, ni con propósito de lucro indebido, ni que de algún modo defraude el patrimonio público. Basta con

que se intervenga en ambos extremos del negocio o contrato, a un mismo tiempo.

"El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública es el interés del Estado en el cabal desempeño de sus funciones a cubierto de toda sospecha, por lo que, a los fines de la tipificación, resulta indiferente la inexistencia de perjuicio para la Administración Pública" (C.Crim. nro. 2, La Pampa, 11-III-1982, E.D., 106-180).

En tal sentido, y a los fines ilustrativos, podría considerarse que el intendente de un municipio a quien se le había suspendido el crédito por parte de sus proveedores, y en dicho contexto adquirió combustible para las maquinarias que hacían la limpieza en el radio urbano, en su propia estación de servicio, habiendo adquirido la misma cantidad que se acostumbraba comprar, y la destinó al servicio público de limpieza, -endeudando al municipio por el precio oficial que el combustible tenía en ese entonces, ya que ni siquiera pudo cobrarlo por falta de fondos-, consumó el delito, y no se podía en este caso exculparlo por estado de necesidad (como en el caso podría ser el hecho de cubrir un servicio crítico, pues el levantamiento de la basura preserva la salud de la población).

IV. SUJETO ACTIVO

Pueden serlo:

a) El funcionario público investido de facultades para intervenir en la negociación u operación, representando al Estado (en el caso de Argentina únicamente).

b) En los casos de Chile y El Salvador, también puede ser sujeto activo, el empleado público.

c) Los tipos admiten distintas formas de participación activa, tanto de cómplice en los distintos grados (necesarios y no necesarios), como de coautores.

Tal es el caso de la persona interpuesta o la que interviene simulando interés propio (vulgarmente conocido como testafarro).

d) Debe analizarse cuidadosamente (cosa que normalmente no ocurre), el grado de responsabilidad que le cabe a aquellos funcionarios, que teniendo el "deber legal" de controlar estas gestiones, facilitan la comisión del ilícito bajo análisis. Tales son los miembros de tribunales de cuenta u otros organismos de contralor similares.

e) En todas las legislaciones además, pueden ser otros los sujetos activos, pero que como ya hemos expresado anteriormente gozan de una suerte de equiparación a los funcionarios, en virtud del desempeño de una función que los reviste de tales calidades, aun cuando sea en forma transitoria.

Así en nuestro país, pueden cometer el delito peritos y contadores, pero sólo en relación a aquellos bienes involucrados en una tasación, o adjudicación que estuvo a su cargo o los tutores curadores, albaceas y síndicos respecto a los bienes que pertenezcan a sus pupilos curados,

testamentarias o concursos respectivamente y respecto de los cuales tienen la administración, disposición o cuidado.

Pero véase que en todos los casos se actúa por una investidura impuesta por la ley y en la que se deposita "confianza pública".

f) Es un delito formal (que, como dice algún autor, trata de evitar cualquier posibilidad de daño al fisco).

g) No admite la posibilidad de la tentativa.

h) Como excusas absolutorias se admiten la ignorancia y el error, especialmente respecto del contenido del negocio jurídico cuando involucran intereses particulares del funcionario.

Pero también el estado de necesidad puede excluir la punibilidad. Al respecto, se hubiera justificado la conducta de aquel intendente del ejemplo dado, si hubiere adquirido el combustible para la ambulancia del centro de salud del municipio, o para un traslado de urgencia ya que estaba en juego la salud de una persona.

i) Si este delito trajera aparejado un perjuicio al patrimonio del Estado, sería aplicable el fraude a la Administración Pública.

j) Si la negociación incompatible trajera aparejado un enriquecimiento al funcionario, sin perjuicio para el patrimonio de la administración, concurriría en forma ideal con el delito de enriquecimiento ilícito.

k) También puede concurrir pero en forma real con la venta o lucro de datos, cuando la información o dato reservado que conoce el funcionario en razón de su cargo, es utilizado en este tipo de negociaciones.

La acción consiste en interesarse en un contrato u operación en que el autor intervenga por razón de su cargo.

El verbo **interesarse** con el que se define la conducta típica, tiene gramaticalmente más de un sentido: se interesa en un contrato u operación quien pide que se resuelva con rapidez; en la jerga administrativa, quien inquiere en qué estado se encuentra.

Y también se interesa el funcionario que pone atención preferente en las condiciones y el trámite de un negocio jurídico. Pero a nada de esto ha podido querer referir la ley, sino al caso en que el autor es al tiempo interesado personalmente en el negocio y funcionario que interviene en él por razón de su cargo.

El interés debe ser económico (RIVAROLA, Exposición y crítica, T. III, p. 151; RODRÍGUEZ DEVESA, D. p. español, 2ª ed., p. 945; en contra, admitiendo cualquier clase de interés: GÓMEZ, Tratado, T. V, nº 1368, p. 557).

En este sentido son significativos los antecedentes de la norma que fijan pena de multa cuyo monto es proporcional al valor de la parte que el autor hubiese tomado en el negocio. A ello debe agregarse la denominación del capítulo, en la que se emplea la palabra "negociación", y el texto de la segunda parte del artículo en el que se hace una clara referencia a los bienes y a la operación de tasarlos (SOLER, D. p. argentino, T. V, p. 144). Por lo demás, la relación funcional con el negocio resulta con claridad del

texto legal: debe ser un contrato u operación en el que el autor intervenga por razón de su cargo (véase: GONZÁLEZ ROURA, D. penal, T. III, nº 314, p. 394). No es preciso que la decisión esté librada a él únicamente; es suficiente con que pueda intervenir en ella.

El delito se consuma al interesarse, momento que puede prolongarse en el tiempo con las características de los delitos permanentes. Carece de significado que el fin perseguido se logre o no.

La doctrina ha señalado a este delito el carácter de formal (GROIZARD, El Código penal, T. IV, p. 303; ODERIGO, C. penal, nota nº 1347; CHAUVEAU-HÉLIE, Théorie du Code pénal, T. II, nº 823). No es posible la tentativa.

El acto objeto de interés del funcionario ha de ser un acto propio de la administración pública.

De modo que debe ser en sí mismo un acto lícito. La Cámara de Apelaciones de San Nicolás² señaló correctamente este aspecto al decir que la norma legal no sanciona negocios "prohibidos", sino simplemente "incompatibles", con el ejercicio de la función pública. Se trata de una prohibición de carácter moral, relativa a la ética administrativa (Jurisprudencia Argentina, T. 1957-III, p. 214). No parece propio hacer limitaciones con respecto a la especie o naturaleza del contrato u operación.

La ley habla en el primer párrafo de cualquier contrato u operación, a diferencia de lo que ocurre en el segundo párrafo, al referirse a los peritos y contadores particulares y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, para los que se señala el objeto específico que debe ser motivo de su interés (Cámara del Crimen de la Capital, Sala 5º, causa nº 10.745, "Bonino, A.", del 23 de mayo de 1969).

Subjetivamente la negociación incompatible es dolosa. De modo que el error y la ignorancia esenciales, aun culpables, excluyen la aplicación del artículo 265. Debe mediar un móvil económico.

En esto la exigencia subjetiva se corresponde con la objetiva. Será, pues, aplicable como pena conjunta la multa de hasta noventa mil pesos determinada en el artículo 22 bis del Código Penal argentino para el caso en que esta pena no esté especialmente prevista.

El móvil de lucro es perfectamente posible sin la necesidad que exista perjuicio para nadie. Quien obtiene un contrato de suministro a precios más ventajosos para la administración que los ofrecidos por cualquier otro proveedor, no causa perjuicio alguno, en tanto obtiene el normal beneficio de la operación.

² La Ciudad de San Nicolás de los Arroyos fue fundada el 14 de Abril de 1748 por Rafael de Aguiar, quien le asignó el nombre del santo del cual era devoto, San Nicolás de Bari. Convertida en punto de unión entre Buenos Aires y el interior, fue escenario de importantes hechos históricos.

JURISPRUDENCIA

Se expone a continuación la siguiente jurisprudencia a los fines de ilustrar la forma en que la doctrina de nuestros tribunales ha resuelto los principales problemas que ha suscitado el articulado en estudio:

"La conducta del encartado de citar a su estudio particular, evacuar la consulta y pedido de documentación y antecedentes y aún más el reclamo de retribución por el trabajo a realizar constituye el verbo típico 'interesarse', que la ley prevé para el ejercicio de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, al versar sobre el sumario administrativo que realiza como funcionario. Subjetivamente ha existido el desdoblamiento de personalidad del autor, como interesado y como funcionario estatal, sin que sea necesario un interés contrapuesto, ni la intención especial de defraudar o perjudicar" (C.Fed. Córdoba, 11-V-1981, E.D., 106-180).

"El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública es el interés del Estado en el fiel desempeño de sus funciones a cubierto de toda sospecha, por lo que, a los fines de la tipificación, resulta indiferente la inexistencia de perjuicio para la Administración Pública" (C.Crim. nro. 2 La Pampa, 11-III-1982, E.D., 106-180).

"Este delito exige de modo exclusivo que el sujeto activo sea funcionario público y que exista coetaneidad entre el ejercicio de su cargo y la negociación, ya que si hubiera una real y efectiva desconexión no podría dudarse de la pureza de la intervención" (C.N.Fed. C. y C., Sala II, 13-VII-1982, E.D., 106-180).

"El bien tutelado, no está referido únicamente a los intereses materiales, sino que trata de evitar el desprestigio de la administración, por lo que basta la comisión del hecho, aunque no resulte perjuicio" (C.Crim. 3ra. La Plata, 3-X-1957, D.J.B.A., 52-590).

"Para la incriminación de este delito da lo mismo que los negocios incompatibles sean o no prohibidos" (C.A. San Nicolás, 3-VII-1956, D.J.B.A., 49-619, Ossorio y Florit).

"La conformidad prestada dolosamente, y mediante dádivas, por el síndico del concurso para la adjudicación de bienes realizado sobre la base de documentos falsos, importa los delitos de malversación de caudales públicos, cohecho negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas" (C.C.C., 23-VI-1933, Fallos, 2-402).

"La expresión 'cualquier contrato u operación' del artículo 265 Ver Texto, Código Penal argentino, permite interpretar con amplitud el término "operación", teniendo en cuenta también que el bien jurídico tutelado es genéricamente la Administración Pública y, específicamente, la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado expuesto a través de su prescindencia e imparcialidad" (C.Fed. Córdoba, Sala Penal, J.A., 1981-IV-331).

En el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad de funcionario, de manera que a un tiempo resulta intervenir en una relación (contrato de operación) como interesado y como órgano de

Estado. El interés debe ser personal, aún cuando no sea pecuniario y no solamente funcional. CAMARA DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , RIO GALLEGOS, SANTA CRUZ [Sumarios relacionados] (LUCINI - FADUL - CASTRO DASSEN) DI MARIA EDUARDO ANTONIO s/ DENUNCIA INTERLOCUTORIO del 5 de Noviembre de 1993

La figura de negociaciones incompatibles exige que el autor (funcionario público) desdoble su personalidad de funcionario adoptando un interés personal a la vez que continúa en funciones como órgano del Estado. Este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la administración pública y el prestigio de los funcionarios; se pretende el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de sus órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de imparcialidad. CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL

En el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, lo que torna ilícito el acto no es violar una mera incompatibilidad sino condicionar la voluntad negociar de la Administración en beneficio de los intereses propios, aunque ellos no coincidan con los de la Administración. CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL [Sumarios relacionados] Sala 02 (ARCHIMBAL CATTANI MITCHELL) DI FONZO, AMADEO s/ INCID. DE EXCARCELACION SENTENCIA del 28 de Diciembre de 1989

En numerosos precedentes jurisprudenciales esta Cámara ha adoptado un criterio amplio de la figura de negociaciones incompatibles, entendiendo que el delito también pueda ser cometido por un funcionario que no contrata consigo mismo, siempre que vuelque sobre el negocio un interés propio. Asimismo, no requiere un perjuicio para la administración pública ni el lucro personal del autor. Así, lo relevante es el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe arrimar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad negocial de la administración por la inserción de un interés particular.

Debe acreditarse, para imputar tal delito, que el actuar interesado del funcionario ponga en peligro o lesione la imparcialidad de la administración pública y, en consecuencia, el buen y debido desempeño de las funciones de la administración. CAMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL [Sumarios relacionados] Sala 01 (Cavallo - Vigliani) SUERZ, Jorge y otros s/ negociaciones incompatibles SENTENCIA del 11 de Diciembre de 2002

El autor del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (artículo 265, primer párrafo del código penal) tiene que ser un funcionario público en sentido propio; no lo puede ser el mero empleado, ni quien sólo presta servicios de asesoramiento técnico que carecen del carácter de ser necesarios para la completividad administrativa o legalidad del acto. CAMARA DE APELACION EN LO PENAL , SANTA FE, SANTA FE [Sumarios relacionados] Sala 01 (CREUS SAUS SCANDOL) M, J O s/

APELACION DECRETOS DE FECHAS 12-8-87 Y 14-8-87 Y AUTO DE PROCESAMIENTO. CAP EXPTE NRO 191-87

El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública se consuma cuando las negociaciones tienen lugar, aún cuando de ellas no se deriven los resultados tenidos en vista por el autor. Tratándose de un hecho acaecido durante una licitación pública, puede tenerse por concretada la superposición de intereses que caracteriza a la figura cuando el funcionario adquiere el pliego licitatorio en base al cual participar en el procedimiento representando los intereses de una empresa privada. CORTE DE JUSTICIA , SALTA, SALTA [Sumarios relacionados] (Musalem-Posadas-Puig-Urtubey) Plata, Lucio s/ Licitación pública SENTENCIA del 18 de Septiembre de 1998

El autor del delito de negociaciones incompatibles con la función pública (artículo 265, primer párrafo del código penal) tiene que ser un funcionario público en sentido propio; no lo puede ser el mero empleado, ni quien sólo presta servicios de asesoramiento técnico que carecen del carácter de ser necesarios para la completividad administrativa o legalidad del acto.

CAMARA DE APELACION EN LO PENAL , SANTA FE, SANTA FE [Sumarios relacionados] Sala 01 (CREUS SAUS SCANDOL) M, J O s/ APELACION DECRETOS DE FECHAS 12-8-87 Y 14-8-87 Y AUTO DE PROCESAMIENTO. CAP EXPTE NRO 191-87

*Para tener por configurado el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art.265 del C.P.) debe acreditarse que hubo una yuxtaposición de intereses configurada en razón de la vinculación que los agentes públicos cuestionados tuvieron con la empresa que aparece como contraparte de la administración pública y además, una conducta parcial de ellos con tendencia beneficiante como elemento fundamental del tipo penal aludido. Así, esa duplicidad de roles y la mera posibilidad que desde sus cargos tomaran decisiones que favorezcan al particular (contraparte) pueda producir un conflicto de intereses del tipo administrativo que ameritan considerar la aplicación al caso del régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses contemplado en la Ley 25.788. Ello, en especial atención a que este Tribunal señaló que el aspecto medular de la figura de negociaciones incompatibles finca en el desvío de poder que ejerce el funcionario, en desmedro del necesario interés unilateral que debe animar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante y condicionando la voluntad de la administración por la inserción de un interés particular ("TEDESCO BALUT" del 16.9.1996). A esto debe sumarse que resulta determinante para el análisis del delito mencionado recordar que el bien jurídico protegido es "...**el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración pública 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..("DI FONZO" del 28.12.89 entre otras). Es decir, mientras que para que se configure el delito de negociaciones incompatibles se necesita de un interés que permita sostener una sospecha de parcialidad del funcionario, para el conflicto de intereses basta la posibilidad de esa parcialidad, que nace de la mera oportunidad de utilizar sus facultades en miras de un beneficio, resultado de la tensión que existe entre las inclinaciones que surgen de su vínculo con el*

particular y el deber que demanda el ejercicio de la función pública. Por ello, no obstante que en el caso en que coincidiendo las fechas en que un funcionario desempeñara su cargo y actuara como profesional de la misma empresa contraparte en el momento de la reclamación administrativa y que en sus funciones le reconocen a ese mismo particular una suma mayor a la reclamada aplicando la normativa mas beneficiosa para éste, resulta necesario echar luz sobre alguno de los aspectos señalados.

V) ANTECEDENTES Y BIEN JURÍDICO.

El artículo 265, que constituye el capítulo que nos ocupa, no ha experimentado cambios esenciales en su contenido al través de los antecedentes nacionales.

El Código de Tejedor, en el capítulo X del título de los delitos peculiares a los empleados públicos, denominado Fraudes y exacciones, incluye una disposición por la que se sanciona al empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo.

Hasta la redacción es poco lo que dista de la de la ley vigente. La pena es de inhabilitación especial, y multa de "diez a cincuenta por ciento sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio, o en su defecto prisión de un año". Se da como fuente el artículo 201 del Código peruano y el 324 del español. El Proyecto de 1881 mantuvo sin cambios el texto del artículo y su colocación (art. 166 Ver Texto) lo mismo que el Código de 1886 si bien éste elevó la pena privativa de libertad hasta tres años (art. 273).

El Proyecto de 1891, que cambió totalmente la estructura del Código de 1886, asignó al delito que nos ocupa el capítulo VIII del título de los delitos contra la administración pública, que es el mismo lugar que actualmente ocupa. La pena es de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación absoluta por doble tiempo.

El Proyecto de 1906 vuelve al sistema de amenazar con multa de un tanto por ciento de la parte tomada en el negocio, pero, a diferencia del Código derogado y de los proyectos anteriores al de 1891, suprime la pena privativa de libertad subsidiaria (artículo 284). Al respecto, se dice en la Exposición de Motivos de 1917: "La sanción de esta penalidad podía dar lugar a que fuera cómodo para un delincuente realizar el acto incriminado y pagar una multa de una parte de lo que le hubiere correspondido. La pena de prisión es más justa, y tiende de manera más acertada a evitar la comisión del delito" (p. 123).

El bien jurídico tutelado por la figura que nos ocupa es, genéricamente, la administración pública, y específicamente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta al través de su prescindencia e imparcialidad (véase: GÓMEZ, Trattato, T. V, nº 1367, p. 554; SOLER, D. p. argentino, T. V, § 144, II). Es importante señalar que no se trata aquí del perjuicio que pueda resultar para la administración, hecho que podría constituir una defraudación de las previstas en el artículo 174 Ver Texto, inciso 5º, si media fraude. Tampoco alcanza la previsión al acto corrupto constitutivo de cohecho.

Se lee en la Exposición de Motivos de 1891: El capítulo octavo de este título reprime a los funcionarios que se interesan en las negociaciones incompatibles con las funciones públicas. El Código actual ha dedicado a esta materia dos artículos, el 272 y el 273; pero ha dado al delito el nombre de fraude, sea que consista en un concierto fraudulento con los acreedores o deudores del Estado, sea que consista en interesarse en contratos u operaciones con el Estado, sin defraudarlo. El primer caso, que es el del artículo 272 Ver Texto, ha pasado en nuestro Proyecto al título de las defraudaciones por razón de la materia. El segundo caso forma el artículo 312 del Proyecto, único del capítulo que explicamos y casi idéntico al 273 del Código, cuyos términos apenas han sido alterados para aclararlos, salvo en lo relativo a la pena, que hemos agravado por creer insuficiente la actual para delito tan peligroso (2º ed., p. 236; véanse las reflexiones de PACHECO, El Código Penal, T. II, p. 518).

La actividad puede ser cumplida por persona interpuesta; esto será lo más frecuente.

Pero autor es el funcionario. La ley dice: el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado. Doctrinariamente, se ha puesto en cuestión la punibilidad del intermediario (CARRARA, Programa, 2524 y 2531: DÍAZ, El Código Penal, p. 484).

Por lo común, habrá prestado una cooperación sin la cual el hecho no habría podido cometerse (art. 45 Ver Texto, C.P.). En cuanto al acto simulado, es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido (MANZINI, Trattato, Vol. V, nº 1361, II, p. 253).

Por el segundo párrafo del artículo 265, se extienden los efectos de la disposición a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamenterías o concursos.

La previsión resulta así aplicable a los peritos y contadores sólo respecto de los bienes cuya tasación, partición o adjudicación les hubiera sido encomendada particularmente. El artículo no puede ser entendido de otro modo, ya que todo perito designado por el juez para realizar esas funciones en juicio, aun el perito de parte, es un funcionario público, principio uniformemente aceptado y confirmado por el artículo 77 del Código Penal, cuando dice: "el que participe accidentalmente del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente". La amplitud de la disposición queda un tanto limitada por la enumeración del mismo texto legal que circunscribe el hecho a los casos de tasación, partición o adjudicación de bienes.

Resta agregar que la intervención interesada del contador y del perito ha de ser posterior a la tasación, partición o adjudicación, ya que el verbo intervenir está utilizado en pretérito.

Con respecto a los tutores, curadores, albaceas y síndicos, han de serlo en los términos de la ley civil o comercial.

No parece dudoso que también en los supuestos de este segundo párrafo que comentamos, el hecho puede cometerse por persona interpuesta, en cuyo caso la actuación delegada del perito o contador puede ser simultánea a la partición, tasación o adjudicación.

VI) CONCLUSIÓN Y PROPUESTA MODIFICATORIA AL ART.265 DEL C.PENAL

Hemos visto claramente como la jurisprudencia ha resuelto los temas vinculados con la incompatibilidad de las funciones de quienes ejercen un cargo público.-

Pero resulta necesario analizar el texto del artículo comentado **“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.”**

Observemos que no se requiere ni enriquecimiento propio ni perjuicio para el estado para la configuración del ilícito.-

La rigurosidad que se busca en el castigo del funcionario corrupto y que es utilizada en casi toda las legislaciones queda sin sustento cuando el propio funcionario no ha recibido beneficio alguno.-

Empero esta situación es muy frecuente dentro de la función pública, recurriré al ejemplo habitual ¿Quién en alguna oportunidad no pasó un semáforo con luz roja y se encontró con un efectivo policial que le indicó detenerse?

Sin embargo es frecuente que baste una simple disculpa y nuestra documentación en regla para que no se labre la infracción. No hubo coima ni influencia sino mera comprensión del agente.

Estas excepciones no son tales sino que constituyen el quehacer diario, pedimos por favor, damos explicaciones y conseguimos que el funcionario haga o deje de hacer determinada función, sin que ello cause agravio a la administración del estado ni enriquecimiento al funcionario.-

Ocurre que quien ejerce una función encomendada por el Estado ya sea de la mínima jerarquía o máxima, subjetivamente se representa como quien detenta una partícula del poder del estado y en su consecuencia obra como tal.-

Así en las monarquías absolutas todo el poder estaba en manos del soberano quien podía hacer cumplir una ley o no (mas allá de si éste recibía alguna compensación) y todos sus actos eran graciables. Podía ser condenado a muerte por un crimen y liberado por la gracia del soberano o podría ser condenado a muerte por igual razón sin haber cometido crimen alguno.-

El poder del Soberano fue dividido, la figura del rey dio paso a la república, pero en definitiva quien ejerce una molécula del poder del estado se siente también capaz de otorgar perdón en un acto graciable, aún sin que medie contraprestación alguna o si la hay es simplemente imaginaria.-

Por tal razón el funcionario que nos perdona una multa (que objetivamente merecemos) actúa de la misma forma que el cuidador de un circo (ámbito

privado) que permite la entrada de un niño pobre que no puede costear su boleto.

Indudable que la contraprestación es la pura satisfacción que siente el funcionario al evitarnos una erogación inútil, como el portero al posibilitar un momento de felicidad al niño.-

Pero la ley es clara y no distingue, precisamente porque el funcionario no esta para distinguir entre lo bueno y lo malo lo justo y lo injusto, para ello esta el juez y como no tiene tal cargo, incurre en el art,265 del C.Penal.-

Si no hubo dolo ni beneficio para el funcionario, pudo haber un detrimento para las arcas del estado.

El no percibir una multa es un daño tan significativo para los intereses del Estado como romper el farol trasero del coche presidencial. Pero la sanción se aplica igual a quien se ha beneficiado en un acto de corrupción administrativa.-

Por tal motivo entendemos que debería establecerse que *“en caso de no existir beneficio para el funcionario y resultando exiguo el del tercero involucrado en el acto y no recurrente, consistirá la falta en un acto administrativo del funcionario actuante sujeto a la sanción administrativa que corresponda”*.-

En lo posible las leyes punitivas deberán contemplar todas las situaciones posibles para llevar certeza jurídica al tiempo de su aplicación.-

Aún cuando no exista beneficio alguno (salvo su propia satisfacción moral) por parte del funcionario público siempre habrá un beneficio para el tercero vinculado con un acto administrativo.-

¿Cuáles son los limites para que se considere penalmente reprochable una conducta?

Tal como lo remarcará ut supra citando a DIFONZO el bien jurídicamente protegido es **“...el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración pública en sentido amplio...”**

Va de suyo que quien actúa perdonándonos una multa de tránsito no cumplió con el fiel desempeño de sus funciones y beneficio a un tercero (el conductor) en detrimento de una posible ganancia para el estado.-

Los ejemplos son innumerables. Si bien nuestro país se ha caracterizado por la no aplicación de la norma jurídica a rajatabla a diferencia de la cultura sajona o germana, tampoco es razonable que quede enmarcada dentro de la conducta ilícita el simple ejercicio de la actividad del funcionario público, quien a medida que aumenta en su jerarquía se ve coaccionado a actuar como un juez aunque no lo sea, pero aplicando un principio que es común a ambos “el sano criterio”, pero ello implica un cuidadoso examen de las circunstancias del hecho penalmente reprochable.

Puede no haber un beneficio para el funcionario pero si existir un amiguismo entre quien solicita el favor y quien lo otorga, en tal caso queda comprendido dentro de la tipicidad del delito, ya que el amiguismo implica la virtual devolución del favor en otra oportunidad.

Aquello que se apunta a liberar de la punibilidad es exclusivamente cuando el funcionario actúa en concordancia con sus principios, con su moral y su ética que ven en el ciudadano a una persona atrapada en la red de un norma administrativa que no puede soslayar sin su autoridad y que ha dado suficientes razones para exculpar su conducta.

Solo en esos casos la actividad del funcionario dejaría de ser penalmente reprochable para convertirse en una falta administrativa

BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ, H.; VARELA, O.; GREIF, D.; *La actividad pericial en Psicología Forense*, Ediciones del Eclipse, 1997.

BARATTA, A.; *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo XXI, 2002.

BASAGLIA, F., *La criminalización de las necesidades*, en *Los crímenes de la paz*, Ed. Siglo XXI, México, 1987.

BECKER; Los extraños. Sociología de la desviación, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires.

DAYENOFF, David Elbio, Código Penal. Concordancias. Cometarios, Jurisprudencia, AZ Editora.-

ESTRELLA, Oscar Alberto/ GODOY LEMOS, Roberto, Código Penal. parte Especial. Hammurabi.-

FOUCAULT, M.; *Microfísica del poder*, Ediciones de la Piqueta, España, 1992.

FOUCAULT, M.; *Vigilar y Castigar*, Ed. Siglo XXI, México, 2003.

LAMNEK, Siegfried; Teorías de la criminalidad, Ed. Siglo XXI, 2002.

NUÑEZ, Ricardo "Manual de Derecho Penal", Edit. Marcos Lerner. Editora Cordoba.-

PAVARINI, M.; *Control y Dominación*, Ed. Siglo XXI, 2002.

SUTHERLAND, Edwin "White collar", Nueva York, 1949.

DONNA, Edgardo Alberto "Delitos contra la administración", Rubinzal Culzoni, 2008.-

DONNA, Edgardo Alberto "Derecho penal especial", tomo I.

Diccionario de la Real Academia Española, 22º ed. Madrid.-

D ALESSIO, Andrés José / DIVITO, Mauro A. "Código Penal de la Nación" comentado y anotado La Ley. 2009.-

OSSORIO y FLORIT "Código Penal. Comentarios. Editorial Universidad.

BREGLIA ARIAS, Omar "Código Penal. Comentado". Editorial Astrea-

HERRERA, "Delitos contra la Administración pública".-

CREUS, Carlos "Delitos contra la Administración pública "

CREUS, Carlos “Deecho Penal” parte Especial.Astrea

LAJE ANAYA, Justo / GAVIER, Enrique Alberto “Delitos contra la administración pública” Editora Córdoba.

SANCINETTI, Marcelo A. “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 39, Fasc/Mes 3, 1986 , pags. 877-891.

RIVAROLA, Exposición y crítica, T. III, p. 151; RODRÍGUEZ DEVESA, D. p. español, 2ª ed., p. 945.-