

Dispone el artículo 265 del Código Penal: *“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.”.*

Nos permitimos aclarar que este artículo no tiene por objeto realizar un análisis general del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, debido a que en cualquier libro de derecho penal encontramos esas ideas. Simplemente haremos una exégesis de uno de sus aspectos, y que consideramos de importancia para su comprensión. Concretamente establecer si la figura exige que el *“interés”* sea exclusivamente económico o lo admite de cualquier índole, inclusive, personal. Adelantamos que para nosotros, de manera ineludible, debe ser patrimonial.

El Dr. Edgardo Donna, en su obra *“Delitos contra la administración pública”* señala que: *“El artículo 265 se erige como una figura legal dolosa. No se exige ningún interés específico en el autor. Sin embargo, es dable destacar que el agente debe perseguir un interés personal o de un tercero en la negociación u operación ... No es requisito legal del tipo que el interés sea de índole económica, como tampoco la finalidad que persigue el funcionario resulte relevante para la configuración del presente tipo penal.”.*

Sin embargo, luego aclara que: *“Un sector mayoritario de nuestra doctrina (Díaz, Rivarola, Nuñez, entre otros) se inclina por sostener que el carácter del interés que tiene el agente debe ser de naturaleza económica, vale decir, el que persigue el funcionario no debe ser meramente personal, verbigracia ... sino que, por el contrario, el carácter económico de aquél se revela como especial para configurar*

*la acción típica*". (ob. cit., pág. 319). Y agrega: *"En contra, algunos autores, con una fuerte influencia de la doctrina italiana, afirman que el interés personal del funcionario público puede ser tanto de carácter económico como de cualquier otro."* (ídem, pág. 320).

La doctrina minoritaria a la que alude el autor, tiene su máximo exponente en el profesor Eusebio Gómez quien en su obra "Tratado de Derecho Penal", explica que: *"La disposición del artículo 265 de nuestro código penal está redactada en términos que excluyen cualquier duda respecto de cuál sea el interés que el funcionario no puede tomar, en los actos que interviene como tal, sin hacerse pasible de la sanción estatuida. No importa que él no sea pecuniario, porque el texto legal no tutela, exclusivamente, la hacienda pública, sino, también, el prestigio de la administración; y ese prestigio sufre desmedro cuando el funcionario aprovecha las facilidades que le brinda el cargo que desempeña para satisfacer su interés particular."* (ob. cit., Bs. As., 1942, Tomo V, pág. 557).

En contrapunto, Fontán Balestra sostiene que: *"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 auto es al mismo tiempo interesado personalmente en el negocio y funcionario que interviene en él por razón de su cargo. El interés debe ser económico ... 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..."* (Tratado de Derecho Penal, Abeledo Perrot, Bs. As., 1980, Tomo VII, pág. 337). Y aclara: *"Subjetivamente la negociación incompatible es dolosa. De modo que el error y la ignorancia esenciales, aún culpables, excluyen la aplicación del artículo 265. Debe mediar un móvil económico. En esto la exigencia subjetiva se corresponde con la objetiva."* (ídem, pág. 338).

Además de los autores citados por Edgardo Donna, es decir, Díaz, Rivarola, Nuñez, también se inclinan por la posición mayoritaria (es decir, la necesidad de un interés económico) Soler, Molinario y Creus. También Sancinetti en "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 39, fasc/mes 3, 1986.

Pero la discusión se agudizó luego de que la Ley de Ética de la Función Pública (25.188, B.O. 1/11/99), modificará el artículo 265 Cp., y agregara luego de "se interesare" la expresión "en miras de un beneficio propio o de un tercero".

Y decimos se agudizó porque el propio Donna afirmó entonces que: *"Con la reforma de la ley se ha aclarado este punto, ya que ésta habla de que 'se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero', no haciendo ninguna aclaración si ese beneficio es de tipo económico o no, por tanto limitar el interés del autor a lo meramente económico va en contra del texto legal, y del bien jurídico protegido."* (ibídem, pág. 322).

Sin embargo, el miembro informante del bloque mayoritario de la H. Cámara de Diputados de la Nación, al introducirse la reforma al artículo in examine, señaló que *"...al pretender la expresa declaración de que el interés del funcionario se realice con miras de un beneficio patrimonial, la sanción de Diputados opta por una tesis muy restrictiva en la constitución de este tipo delictivo. De manera que el interés particular ilícitamente insertado en la negociación deberá tener como requisito típico indispensable el contenido patrimonial..."*.

Como se ve, no se entienden bien las razones que llevaron al Dr. Edgardo Donna, a afirmar que el asunto ha quedado aclarado.

Sobre este punto señalan Oscar Estrella y Godoy Lemos en su obra "Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular", que: *"El agregado 'en miras de un beneficio propio o de un tercero' en forma alguna, a nuestro criterio, modificó la postura doctrinaria mayoritaria en cuanto a que el interés debe ser patrimonial ...*

*En realidad, el agregado 'en miras de un beneficio propio o de un tercero' en poco cambia la fórmula original, habida cuenta de que ésta exigía del sujeto activo que actuara como funcionario competente y que tuviera un interés en el negocio, siempre de contenido patrimonial según la doctrina mayoritaria. Ahora, cuando el tipo penal reformado dice 'en beneficio propio o de un tercero', entendemos que la fórmula no alcanza a interés distinto al patrimonial. Bastan para fundar lo expuesto, las conclusiones del maestro Soler para adherir a la doctrina mayoritaria, en cuanto al contenido patrimonial del interés. Decía Soler que el interés patrimonial' se desprenden de tres aspectos: 1) la expresión contenida en el tipo penal, 'contrato u operación'; 2) la designación del Capítulo 'negociaciones'; 3) la segunda parte del tipo, en la que se hace referencia a los bienes y las operaciones respecto de ellos. A poco que examinamos esos tres aspectos, siguen intactos luego de la reforma." (ob. cit., ed. Hammurabi, Bs. As., 2000, Tomo 3, pág. 431/32).*

Si el legislador al introducir la reforma actual, hubiera querido apartarse de la doctrina mayoritaria y castigar otros intereses, por ejemplo, razones personales o políticas, con independencia del interés patrimonial, la fórmula debió expresar "se interesare, de cualquier forma, en miras de un beneficio propio o de un tercero."

En definitiva la doctrina está dividida en este punto de exigir en la conducta del agente exclusivamente un interés económico u otro de cualquier índole, y ni siquiera la jurisprudencia es pacífica, máxime teniendo en cuenta que, pese a la reforma introducida por la citada Ley 25.188, la mayoría de los tribunales de alzada no concuerdan con la doctrina mayoritaria. Quizás una nueva reforma al artículo 265 Cp. zanje definitivamente la controversia.

Como refiere la expresión latina "dura lex sed lex", y si atendemos las palabras pronunciadas por el miembro informante del bloque mayoritario de la H. Cámara de Diputados de la Nación, conforme se vio más arriba, la ley ha optado por la

tesis restrictiva, es decir, inexorablemente, el interés deberá tener “como requisito típico indispensable el contenido patrimonial”.

Pretender seguir interpretando la norma con argumentos tales como que el artículo se refiere a “contrato u operación”, que se emplea la palabra “negociación” en el capítulo, o tantas otras suposiciones, no conducen a ninguna solución práctica.

Me inclino más por la resolución que propone Marcelo Sancinetti (ob. cit., pág 882), cuando afirma que, en realidad, el interés es económico, por razones históricas, 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.

Asesoría Legal y Técnica.