

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública

Autor:

Bergdolt, Alan

Cita: RC D 265/2025

Subtítulo:

Impacto económico y sistémico de su práctica.

Sumario:

I. Breve introducción. II. Cuestiones preliminares. II.1. Disposición legal. II.2. Bien jurídico tutelado. III. Configuración del delito. III.1. Sujeto activo. III.2. Acción típica. III.3. Naturaleza del interés. III.4. La actuación del funcionario público. III.5. Estructura del delito. III.6. Consumación. IV. A modo de conclusión.

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública

I. Breve introducción

La vida política y las decisiones de quienes forman parte de la administración del Estado, deben necesariamente orientarse al bien común de la sociedad, entendido como aquél que reúne el bien de los particulares y a su vez el de aquéllos en conjunto.

El Estado, siempre con esa finalidad, tiene la facultad de contratar con particulares, con el objeto de que éstos, lógicamente, con una contra prestación a cambio, presten un servicio, realicen una obra, provean materiales, etc.

A los fines de arribar a tales acuerdos, existen negociaciones entre el Estado y los particulares que, en el mejor de los casos, deben estar caracterizadas por la transparencia por parte de la administración pública y, particularmente, de los funcionarios que la representan.

La historia argentina, por su parte, enseña que esta transparencia se ha visto afectada por distintos motivos y uno de ellos se cristaliza cuando el funcionario -quien debe velar por el correcto funcionamiento de la administración y sus intereses- se interesa en un negocio en particular, con el objeto de obtener un beneficio propio o para un tercero.

Esa circunstancia, en la cual el funcionario desvía el interés público en el privado -propio o de un tercero- e interviene en la necesaria negociación en razón de su cargo, da lugar al delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, que nos dispondremos a analizar a continuación.

II. Cuestiones preliminares

II.1. Disposición legal

El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas se encuentra previsto en el art. 265 del Código Penal que establece que *"Será reprimido en reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o acto simulado, se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo"*.

En su segundo párrafo, la referida norma expresa que aquélla será aplicable "a los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las

funciones cumplidas en el carácter de tales".

II.2. Bien jurídico tutelado

La norma se ubica en el Código Penal, en la categoría relacionada a los delitos contra la administración pública. En efecto, la tradicional postura sostiene que los delitos comprendidos en ese apartado tienden a resguardar la regularidad funcional de los órganos del Estado[1] frente a los abusos de quienes ejercen la función pública y a los atentados de los terceros contra aquella[2].

En cuanto al bien jurídico tutelado específicamente por el tipo penal en trato, corresponde señalar que la referida norma "tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en los que intervenga la administración, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura poner coto a la codicia personal, que puede verse favorecida por la calidad en que actúa en aquellos negocios jurídicos"[3].

La existencia, consecuentemente, de factores que perturben esa neutralidad que debe tener el funcionario público afecta, indefectiblemente, a la transparencia, imparcialidad y decoro de la administración pública. Es por ello que algunos autores, como SOLER, sostienen que ese ámbito de transparencia e imparcialidad es el tutelado por la norma antes aludida[4].

En ese sentido, en el cual se enrola la mayoría de la doctrina con algunos matices diferenciadores, la norma tiende a velar por la imparcialidad y transparencia como principios rectores del actuar del funcionario público, que pueden verse afectadas cuando aquél se aparta de los intereses estatales y, a partir de su cargo, persigue un beneficio propio o de un tercero.

En sentido concordante, se ha indicado que *"... La figura prevista en el art. 265 del CP -negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas- protege 'el fiel y debido desempeño de las funciones en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad...' "[5].*

De ese modo, ese postulado general a partir del cual se sostiene las normas que involucran delitos contra la administración pública tienden a resguardar la regularidad funcional de los órganos del Estado, se concretiza, de forma particular en el delito de negociaciones incompatibles, en el ámbito de decoro, transparencia e imparcialidad que debe caracterizar a la función pública.

III. Configuración del delito

III.1. Sujeto activo

El sujeto activo, por excelencia, es el *funcionario público* que tiene competencia necesaria para intervenir en la negociación, de modo que ostente una figura dirimente dentro de la administración con el objeto de dar curso a la operación o negociación de que se trate.

En ese sentido, corresponde señalar que, en la actualidad, la condición de funcionario público recae sobre las *personas que desempeñan funciones de trascendencia pública*[6] en el seno de una estructura estatal, vinculadas principalmente a la administración de bienes y servicios públicos, desde su más amplia concepción.

Esa concepción amplia, además, debe entenderse en consonancia a lo establecido por el art. 77 del Código Penal que, a los fines interpretativos de las normas penales, *extiende la calidad de funcionarios públicos a los empleados públicos*.

En ese marco, esa condición de funcionario público, con capacidad de incurrir en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función, se extiende a los agentes públicos que, en administración de bienes y servicios del Estado, se interesaren por un negocio en particular, en beneficio propio y/o de un tercero, en el marco del cual aquél, por razón de su cargo, ostenta una injerencia o deber de actuación que haga factible la

concreción, en los términos pactados, del acuerdo de que se trate.

Además, por equiparación a la figura de funcionario público, la sanciones por el eventual interés se extiende a *los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales*.

Al respecto, corresponde señalar que, si bien los sujetos mencionados por el párrafo anterior no revisten la condición de funcionarios, desempeñan oficios de naturaleza pública respecto de bienes de terceros.

Finalmente, cabe destacar que las cualidades propias de este delito especial, delimita las cuestiones atinentes a la autoría y participación.

En efecto, cabe señalar que no resulta posible la co-autoría de un tercero que no revista la condición de funcionario público -o las figuras equiparables- ni la autoría mediata, siendo que sólo resulta posible la autoría del sujeto especial y la complicidad (participación necesaria o secundaria).

III.2. Acción típica

La acción típica es la de interesarse (es decir, hacerse parte de la negociación) con miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que el funcionario intervenga en razón de su cargo[7].

De ese modo, el funcionario se posiciona en una posición de privilegio: en representación de la administración y como beneficiario, directo o indirecto de la negociación, en el ámbito privado.

Al respecto, se ha indicado que el hecho de "*interesarse*" consiste en volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión que excede y se aparta de aquélla exclusiva de la administración, en el sentido de querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros[8].

En ese sentido, se habla de un desdoblamiento de las funciones encomendadas al funcionario público.

Este agente, además de intervenir en representación del Estado, tiene un interés particular por la celebración de un contrato privado con la administración, en el cual interviene.

Tal interés, sin embargo, puede ser beneficioso incluso para el Estado, y no en todos los casos implica un perjuicio, en términos económicos, para la administración pública. La falta de perjuicio en términos económicos hacia el Estado ¿torna atípica la conducta? La respuesta es no.

En efecto, el funcionario público, en su interés particular, puede ser dirimente en la celebración de un contrato que derive en la obtención de ganancias por parte de la administración, sin perjuicio de lo cual su interés, contrariando los principios de decoro, transparencia e imparcialidad, torna su conducta en típica.

A partir de ese interés, se presenta un conflicto de intereses natural, con independencia del beneficio o perjuicio concreto a la administración pública.

En otras palabras, corresponde señalar que no es necesario que el interés particular sea contrapuesto al de la administración, puesto que la acción será típica para el funcionario incluso en el caso de que la administración se vea beneficiada.

III.3. Naturaleza del interés

La doctrina mayoritaria entiende que el carácter del interés del funcionario debe ser, necesariamente, de naturaleza económica. Sin embargo, una creciente y autorizada posición, se inclina por sostener que la reducción al interés económico no persigue el espíritu de la letra de la ley e implica una limitación que la misma no establece.

La discusión se plantea en el siguiente contexto, veamos.

De un lado, parte de la doctrina (entre los cuales se destaca D'ALESSIO y FONTÁN BALESTRA) sostiene que la referencia a que el interés radica sobre la realización de contratos y operaciones evidencia de que se trata de actos de contenido económico.

Mientras que de otro lado, se sostiene -en primer lugar- que el regular ejercicio de la administración y su prestigio (en términos de transparencia, decoro e imparcialidad) se encuentra tutelado por la norma, de modo que la utilización del cargo de funcionario público, para satisfacer cualquier tipo de apetencia privada, ya implica una afectación al bien jurídico tutelado.

En ese orden de ideas, otros autores (como DONNA) sostienen que la reducción al interés de índole económico es una reducción que la norma no contiene y que, además, deja un margen de desprotección del buen funcionamiento de la administración pública que, en definitiva, configura el bien jurídico tutelado.

El Dr. SANCINETTI, por su parte, adhiere a esta última postura en cuanto a que no necesariamente el interés debe ser exclusivamente económico y se encarga de analizar el argumento principal de quienes sostienen tal postura.

En ese sentido, el referido autor señala que del hecho de que el acto administrativo deba ser un contrato u operación de contenido económico no se deriva también que el interés perseguido deba tener igual naturaleza.

Bajo tales premisas, está claro que queda fuera de discusión el contenido económico del negocio u operación que deriva de su propia naturaleza; sin perjuicio de ello, el interés perseguido por el funcionario, a beneficio suyo o de un tercero, puede tener otro objetivo o finalidad, traducido en el interés requerido por la norma.

La cuestión planteada, permite formularnos una pregunta en los siguientes términos: el funcionario que se interesa en una licitación con el objeto de eliminar a la empresa de su enemigo político ¿incurre en el delito de negociaciones incompatibles?^[9].

Está claro que, en ese caso, el funcionario público no persigue un interés económico, sino un interés particular a partir de su intervención directa en la realización del negocio jurídico; de allí que, interesándose personalmente, con falta de la imparcialidad que debe caracterizar su accionar, el funcionario igualmente incurre en el tipo penal en trato.

III.4. La actuación del funcionario público

El funcionario debe actuar en relación a un contrato u operación, ya sea en forma directa respecto del negocio en cuestión o acudiendo a la participación de otra persona como interesada^[10].

Al respecto, se ha sostenido que el negocio u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, de modo la génesis de aquél interés y consecuente actuación sea *en razón de su cargo*.

Sin embargo, existen autores que no circunscriben a la actuación dentro del ámbito de competencia del funcionario, por las dificultades prácticas que ello acarrea.

En efecto, la práctica ha enseñado que los funcionarios, a los fines de realizar negociaciones en nombre de la administración y en beneficio personal o de terceros, se arrogan facultades que no son propias de su cargo; de ese modo, si realizamos una interpretación que se circunscribe al exclusivo ámbito de competencia dejaríamos fuera de la norma a un montón de supuestos en los cuales los funcionarios, igualmente, persiguen un fin desviado del interés general.

En función de ello, realizando una interpretación más amplia, el Dr. SANCINETTI entiende 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..."; pues, en definitiva, el funcionario realiza la intervención por razón de su cargo y con independencia de su competencia específica.

El *acto simulado*, por su parte, también adquiere relevancia jurídico penal en la conducta del funcionario que se interesa en un negocio público con un interés privado.

En ese sentido, cabe destacar que el acto simulado es aquél *"... 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..."*^[11].

III.5. Estructura del delito

A partir de lo expuesto, podemos brindar una estructura del delito que nos permita diferenciar sus elementos objetivos y subjetivos.

i) **El tipo objetivo** presenta los siguientes elementos:

- Calidad especial del autor (funcionario público, entendido en sentido amplio).
- Actuar en actos preparatorios o ejecutivos de un contrato administrativo u otra operación de contenido económico.
- Que la actuación sea realizada en ejercicio o con ocasión de las funciones asignadas.

ii) **El tipo subjetivo** presenta los siguientes elementos:

- El funcionario debe actuar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo (es decir, con dolo).
- Con desviación de poder, es decir: persiguiendo una finalidad de beneficio para sí o para otro, condicionando la voluntad negocial de la administración.

III.6. Consumación

El delito se consuma con la acción de interesarse; ello implica que el funcionario debe intervenir en razón de su función y como parte privada en el contrato u operación.

No constituye tal intervención la sola manifestación de interés, sino la asunción del carácter de parte.

Además, no se requiere la obtención del beneficio o interés perseguido, de modo que la conducta resulta típica con el interés y la asunción como parte del contrato o acto de contenido económico, con independencia de su resultado final.

IV. A modo de conclusión

La figura penal prevista en el artículo 265 del Código Penal, que reprime las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, se erige como una herramienta normativa indispensable para la preservación de los principios esenciales que deben regir la actuación de quienes ostentan funciones estatales: imparcialidad, transparencia, probidad y sometimiento al interés público.

Esta figura, lejos de agotarse en un reproche ético o meramente deontológico, constituye una pieza clave en el diseño institucional de la legalidad democrática y del Estado de derecho.

El accionar del funcionario público que, en razón de su cargo, se interesa en negocios jurídicos que lo benefician directa o indirectamente, produce un doble desvío: por un lado, distorsiona el funcionamiento regular de la administración pública al alterar la finalidad objetiva de sus funciones. Y por el otro, desgasta los cimientos sobre

los que se sustenta, entre otros factores, el orden económico, al debilitar las reglas de competencia y afectar la integridad del sistema de contrataciones estatales.

Dicho de otro modo, el desvío de poder que subyace en esta conducta típica no sólo vulnera la legalidad administrativa, sino que instala patrones de corrupción sistémica, mediante los cuales se consolidan lógicas de discrecionalidad que inhiben la concurrencia plural al mercado, privilegian intereses particulares y consolidan estructuras oligopólicas funcionales al mantenimiento de círculos cerrados de poder.

Y la afectación aludida no es meramente simbólica, ya que el impacto es estructural, porque desincentiva la participación de actores económicos legítimos, desalienta la inversión productiva y socava el principio de eficiencia que debe guiar el manejo de los recursos públicos.

Por lo que desde esta óptica, la intervención penal en este tipo de conductas encuentra su justificación no sólo en la necesidad de sancionar la infracción de un deber institucional de lo que podríamos denominar sintéticamente como "fidelidad", sino también en su potencialidad para prevenir efectos desestabilizadores sobre la economía en su conjunto.

La corrupción pública en su género, y en particular las negociaciones incompatibles, son manifestaciones de una misma lógica de *instrumentalización del Estado en beneficio de intereses personales*, y constituyen una amenaza concreta al desarrollo en forma sostenible, la competitividad y a la vigencia efectiva de un régimen económico justo y transparente.

Asimismo, la noción de *interés* que moviliza la conducta típica, entiendo, no debe limitarse al exclusivo plano económico, tal como lo ha sostenido parte de la doctrina.

Por el contrario, el uso indebido del cargo para obtener cualquier ventaja indebida de apetencia privada -ya sea política, simbólica, electoral o de influencia- quebranta igualmente el bien jurídico protegido, pues implica una desviación de la voluntad estatal que coloca en crisis la neutralidad y objetividad que deben caracterizar toda decisión pública.

Por ello, la amplitud interpretativa del tipo penal no sólo resulta coherente con su función protectora, sino indispensable para abarcar los nuevos y más complejos escenarios en los que se manifiesta la corrupción moderna.

En definitiva, la represión de las negociaciones incompatibles no debe concebirse como una reacción aislada ante un comportamiento individualmente reprochable, sino como una política penal estratégica orientada a resguardar la funcionalidad del Estado, la salud del sistema económico y la confianza de la ciudadanía.

En esa clave -estructural, preventiva y restauradora- debe comprenderse la relevancia de esta figura en el marco de un Derecho Penal comprometido con la integridad pública y con el desarrollo democrático de nuestras instituciones.

- [1] Carrara, Programa, 2469 y 2471, citado por Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo VII, pág. 134.
- [2] Núñez, Ricardo C., Derecho Penal argentino, Lerner, Buenos Aires, Tomo VII, pág. 18.
- [3] Confr. Buompadre, Jorge Eduardo, Manual de derecho penal parte especial, 1º reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 690.
- [4] Confr. Grisetti, Ricardo Alberto, Delitos de Corrupción. Aspectos doctrinarios y jurisprudenciales, Editorial El fuste, págs. 174/175.
- [5] Confr. Tedesco Balut y otros s. Procesamiento, Cám. Nac. Crim. y Correcc. Sala II, 16/09/1996,

Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 5646/25.

- [6] Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio - Caparrós, Eduardo A. Fabián, ob. cit. en nota N° 13, pág. 23.
- [7] Confr. Buompadre, Jorge Eduardo, Manual de derecho penal parte especial, 1° reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 690.
- [8] Creus, Derecho Penal, Parte Especial, T. II, 4ta. edición actualizada, Ed Astrea, pág. 309.
- [9] El interrogante es planteado por Sancinetti, en "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública".
- [10] Confr. Buompadre, Jorge Eduardo, Manual de derecho penal parte especial, 1° reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 690.
- [11] Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 690.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.