

Artículos completos de Realidad Económica Sumario Realidad Económica N° 229

Publicado el 25/9/2007 17:00:00 (79 Lecturas)



Realidad Económica 229

1º de julio al 15 de agosto de 2007

Sumario Realidad Económica 229

Servicios públicos

Responsabilidad penal del concesionario de servicios públicos.

Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción - ley 26.097

Pablo Octavio Cabral

El autor sostiene que el impacto en nuestro ordenamiento jurídico de la aprobación por la legislatura argentina de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097), se encuentra aún insuficientemente explorado. Así propone analizar la responsabilidad penal de los directores de las empresas concesionarias de servicios públicos a la luz de este tratado internacional, buscando una respuesta a la siguiente pregunta: ¿los directores de las empresas prestadoras de servicios públicos, en su carácter de particulares, pueden ser equiparados por una ley especial a los funcionarios públicos como sujetos activos para determinados tipos penales?

“LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL CONCESIONARIO DE SERVICIO PÚBLICO A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN -LEY 26.097-.”

Pablo Octavio Cabral

SUMARIO: Presentación.- **II.** Algunas etapas en la evolución del concepto de Servicio Público: **1)** El surgimiento del Estado Social y la

noción de Servicio Público. **2)** Los Servicios Públicos durante la década neoliberal argentina.-**III.** El contrato administrativo de concesión de servicio público.- **IV.** Los delitos contra la administración pública.-**V.** El concepto de funcionario público en las leyes 24.759 y 26.097. **VI.** ¿Los directivos de las empresas prestadoras de servicios públicos pueden ser considerados funcionarios públicos a los fines de combatir la corrupción?- **VII.** Conclusión.-

I.- Presentación.

El presente trabajo fue motivado por la realidad que golpea nuestra puerta todas las mañanas; hoy es la noticia del resonado caso "Skanska", donde se denunció una supuesta corrupción en la contratación de una ampliación de un gasoducto integrante del servicio público de transporte de gas natural. Los investigados; una empresa prestadora del servicio de transporte de gas (Transportadora de Gas del Norte) y una empresa subcontratista (Skanska). Una de las respuestas de funcionarios del Gobierno Nacional es que se trataría de un caso de corrupción entre privados.

El dinero que fue utilizado para la realización de la obra de ampliación del Gasoducto Norte se componía de fondos de cargos tarifarios a pagar por los usuarios de los servicios regulados de transporte, es decir, por la plata de la comunidad. Este dinero, otorgado por un Fondo Fiduciario producido por Ley, fue entregado a la empresa TGN para que realice la obra, quién subcontrató a la empresa Skanska, quien, a su vez, subcontrató a firmas fantasmas que facturaron por trabajos que nunca realizaron.¹

La cuestión que propongo analizar consiste en determinar, dentro de lo posible, hasta dónde es sostenible que un acto de corrupción entre una empresa concesionaria de un servicio público y sus contratistas sea una cuestión privada que no debe ser vista como una acción que afecta la regularidad y eficiencia de la administración pública. Considerar que la *cosa pública* está más o menos presente en la prestación de un servicio público nos debe conducir a establecer los parámetros para evaluar la conducta de los prestadores, a la hora de analizar su responsabilidad penal.

¹ Esta información es la que circula en los medios de comunicación nacional. Ya que el caso Skanska actuó como un disparador de la propuesta realizada en la presente ponencia, no considero necesario contar con datos más precisos de las causas judiciales, ya que como digo, su importancia es secundaria.-

¿Los directores de las empresas prestadoras de servicios públicos, en su carácter de particulares, pueden ser equiparados por una ley especial a los funcionarios públicos como sujetos activos para determinados tipos penales?

En la búsqueda de una respuesta a este interrogante me limitaré a analizar la responsabilidad penal de los directores de una empresa concesionaria de un servicio público, a la luz de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

II.- Algunas etapas en la evolución histórica del concepto de Servicio Público.

La dispar suerte del concepto de servicio público en su devenir histórico es producto de su dependencia directa con el modelo social construido a través de una determinada estructura político-económica, jurídica y estatal.

A fin de observar esta relación entre los fines del estado y su modo de organización y la idea sobre los servicios públicos que generó la práctica del derecho, recortaremos algunas partes de su desarrollo en el nacimiento del Estado Social de Derecho y durante el período neoliberal argentino de la década de los años noventa. Esta determinación de los límites del período a analizar se funda en la manifiesta contradicción entre sus estructuras económicas, luego reflejadas en sus construcciones jurídicas, en tanto aparatos ideológicos del Estado.

1) El surgimiento del Estado Social y la noción de Servicio Público².-

Como explica García de Enterría, la Revolución Francesa es el punto de inflexión que dio nacimiento al derecho administrativo a partir de la construcción del principio de legalidad y del principio de libertad, como garantías jurídicas del ciudadano. Este derecho administrativo está inserto en la noción del Estado Gendarme, cuyo rol se caracteriza por defender los derechos de propiedad y libertad reduciendo el papel del Estado a un mero árbitro de las relaciones que emergen de la sociedad y la economía.

En este modelo social la intervención del sector público es mínima, meramente reguladora de la iniciativa privada. La sociedad se encuentra escindida del Estado, son dos sistemas autónomos donde el derecho

² Las ideas de este punto fueron tomadas de un trabajo, aún en elaboración, sobre el Estado de Bienestar y los Derechos Fundamentales, realizado junto con Juan Azcune .

administrativo opera como instrumento normalizador entre ambos, como el esquema que compensa las relaciones entre autoridad y libertad.

La crisis del estado liberal y la manifestación de nuevas necesidades de la población originaron una nueva forma de organización estatal con fines sociales no conocidos en el Estado Gendarme.

Cómo lo explica Juan Azcune, estas transformaciones del Estado modificaron sustancialmente el alcance y contenido del Derecho Administrativo primigenio, que se transformó a la par del nacimiento de las necesidades que emergían del nuevo rol del Estado, donde fue necesaria la aparición de instituciones jurídicas como las juntas reguladoras, los servicios públicos, las empresas estatales, etc.³

Así, autores como Duguit, en Francia, o Bielsa, en nuestro país, consideraron como eje fundamental del derecho administrativo la protección de los intereses colectivos por medio de la prestación por parte del Estado de los servicios públicos.

León Duguit, al analizar las transformaciones del derecho público de su época en Francia se preguntaba por las obligaciones de los gobernantes y, por ende, también se preguntaba por las funciones del Estado. Así decía este autor que: "Algunos economistas rezagados pueden, desde el fondo de su gabinete de estudio, declarar que el Estado no tiene otra cosa que hacer que procurar la seguridad en el exterior, y el orden y la tranquilidad en el interior, debiendo desinteresarse de todo lo demás y dejar libertad entera a la acción y a la concurrencia individuales, cuyo desarrollo natural asegurará normalmente la satisfacción de todas las necesidades sociales. Los hechos son más fuertes que todas las teorías, y la conciencia moderna desea otra cosa. Quiere otra cosa en el orden intelectual y moral: no admite, por ejemplo, que el Estado no intervenga en la enseñanza. En el orden material desea otra cosa: no admite, por ejemplo, que el Estado no garantice los servicios de asistencia"⁴

Consideró este doctrinario francés que la noción del servicio público se convertiría en la idea fundamental del Derecho público moderno y un elemento configurador del Estado, que descansa esencialmente en la noción de una cierta función social que se impone a los gobernantes.

³ Azcune, Juan: "Flujo y reflujo del principio de subsidiariedad", inédito.

⁴ Duguit, León: "Las transformaciones del Derecho público y Privado", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pág.35.

Esta idea integradora del Servicio Público llevó al administrativista francés Gastón Jeze a definir el derecho público administrativo como “el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para el regular funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales.”⁵

Para la concepción del derecho administrativo de Rafael Bielsa, la configuración del servicio público como núcleo disciplinar de este sector del ordenamiento jurídico, importa la realización de este nuevo rol del Estado, toda vez que la materialización de los derechos sociales del ciudadano únicamente se articulan a través de un sistema prestacional activo: transporte, asistencia sanitaria, enseñanza.

En esta concepción los servicios públicos serán el mecanismo para hacer posible el principio de solidaridad que debe estructurar a la sociedad, siendo obligación de la administración como representante de la colectividad en su conjunto, su efectiva prestación.

En Alemania, Forsthoff plantea el paso de una administración neutra, garante de los derechos de libertad y propiedad hacia una administración interventora y prestadora de servicios a los ciudadanos. Esta postura es emergente de las concepciones elaboradas a partir de la constitución alemana de Weimar del año 1919.⁶

Explicaba Forsthoff que: “Todas las prestaciones llevadas a cabo por la Administración a favor de los ciudadanos son formas de la asistencia vital...El hombre moderno está vinculado en tan elevada medida a determinadas prestaciones, como el agua, la electricidad, el gas y los medios de transporte, que no tiene margen para elegir si quiere aceptarlas o no, mientras que todavía depende de su arbitrio ir al teatro municipal o asistir a los centros oficiales de enseñanza. Pero el Derecho no puede renunciar a considerar si las prestaciones son más o menos apremiantes, sobre lo cual todavía se hablará con más detalle aunque por ahora se puede dejar a un lado. Pues puede considerarse obvio que la asistencia de la Administración pública no necesita limitarse a las necesidades elementales del hombre. Todo lo que acontece del lado de la Administración para poner en el disfrute de prestaciones útiles a la generalidad o a un sector de

⁵ Jeze, Gastón: “Principios Generales del Derecho Administrativo”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, Tomo I, pág. 1.

⁶ Forsthoff, Ernst, “Tratado de Derecho Administrativo”, Heidelber-Schlierbach, Alemania, 1955, pág. 476

personas definido por características objetivas, es asistencia vital”⁷

Como vimos este cambio del rol del Estado implicó un nuevo paradigma para el derecho administrativo, ya que debía garantizar como derecho común de la administración la “procura existencial” de los ciudadanos. Los derechos garantizados por el Estado de Derecho no podían desvincularse de la realidad en donde operaban. Así Forsthoff dijo que: “En el siglo XX lo primero que procede es percatarse de cómo y en qué condiciones se desarrollan los hombres con esa existencia, qué hacen, cuales son sus exigencias de libertad, orden, bienestar, etc.”⁸.

En nuestro país, luego de la segunda guerra mundial y en coincidencia con el resto de occidente, se desarrolló un modelo de Estado interventor que, también por influencias externas, sería aniquilado durante el gobierno de Menem en la década del noventa.

2) Los Servicios Públicos durante la década neoliberal argentina.

Durante la década de los '90 se pudo observar en el país la reducción de los aparatos estatales, la disminución de sus funciones, el traspaso a manos privadas de cometidos públicos, la privatización de las empresas prestatarias de servicios públicos⁹, el reinado del “libre mercado” que con su mano invisible regularía precios, mercaderías e injusticias. Esta adhesión a las políticas públicas recetadas por los organismos financieros internacionales y el Tesoro Norteamericano, que dio en llamarse “consenso de Washington”¹⁰, nos hizo dejar al margen el nuevo constitucionalismo social de la Constitución Nacional y Cartas Fundamentales provinciales, reformadas en dicha década. Los textos constitucionales pasaron a un segundo plano frente a la efectiva aplicación de los diez puntos del infalible consenso de Washington por parte de gestores de los intereses foráneos que impusieron sus reformas del sector público y nos gobernaron durante esta nefasta década.

Así Cassagne nos explicaba, desde la ciencia del derecho, el papel secundario o decorativo de nuestro constitucionalismo social: “La desaparición del Estado Benefactor, cuya estructura modélica continúa aún

⁷Forsthoff, Ernst, ob.cit.

⁸Forsthoff, Ernst, ob.cit.

⁹Gordillo, Agustín: “Después de la reforma del Estado”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

¹⁰ Denominación acuñada por John Williamson: “What Washington Means By Policy Reform”, Capítulo 2 de “Latin American Adjustment: How Much Has Happened?”, John Williamson Ed, 1990. Ver también: Williamson, J “Revisión del consenso de Washington”, en L. Ennerij y Núñez del Arco Compiladores. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington DC, 1996 y Ocampo, JA: “Más allá del Consenso de Washington: Una visión desde la CEPAL”, Documento CEPAL, diciembre de 1998.

formalmente vigente en muchas constituciones políticas de este siglo, si bien no ha plasmado aún en todos los textos constitucionales aunque muchos han incorporado determinados principios como el de la libertad de mercado, se halla confirmada por los programas y planes puestos en práctica por los gobiernos de los Estados principalmente de Europa y, actualmente, de América Latina, que han iniciado intensos procesos de transformación del Estado y de sus estructuras fundamentales”¹¹

La idea de un *Estado Gendarme*, sostenida por la ideología liberal-individualista, limita su intervención al reconocimiento y protección de los derechos naturales de los ciudadanos, bastándole para ello con asegurar la administración de justicia, organizar una policía de seguridad, responder en las relaciones internacionales y garantizar la seguridad exterior del Estado. En este modelo el Estado solo puede intervenir en las libres actividades de los hombres cuando éstas causen daño a otros o atenten contra la seguridad jurídica. Esta concepción estrecha de las funciones del Estado se justifica en que del progreso y riqueza individuales, libremente obtenidos por algunos, provendrá el bienestar de la comunidad entera.¹²

Los gobiernos liberales y conservadores de la dupla Menem- De la Rúa llevaron a cabo medidas para reestablecer las leyes del mercado y políticas monetarias para rebajar los altos índices de inflación, reduciendo considerablemente el gasto público en busca del tan ansiado equilibrio fiscal, aún a costa de las políticas de bienestar.¹³ El eje de esta acción lo constituyó la política monetaria de convertibilidad y su permanencia se financió con endeudamiento, se descapitalizó el Estado con las privatizaciones, sin perjuicio de los desequilibrios que este ajuste llevo a las provincias

En nuestro país los beneficios sociales del modelo neoliberal nunca llegaron y la sucesión de crisis económicas derivó en una grave crisis institucional que puso en evidencia la total falta de legitimación del sistema

¹¹ Cassagne, Juan Carlos, ob. Cit, pág. 75.

¹² Novoa Monreal, Eduardo: “El Derecho como obstáculo al cambio social”, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 1999: “ Conforme a los principios liberal- individualista, será la libre acción de los individuos, impulsada por la libre iniciativa y el espíritu de lucro, amparada por las garantías individuales y la libertad de industria y comercio, apoyada en el derecho de propiedad privada y con todas las posibilidades que da la libertad de contratación, la que promoverá el adelanto y progreso de toda la humanidad. Del libre juego de la actividad de los individuos surgirá una sociedad cada vez más adelantada, más rica en sus individuos y, por consiguiente, en su conjunto.”(pág. 124).

¹³ Ampliar en Orlansky, Dora: “Política y burocracia”, Documentos de Trabajo N° 26 del Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, noviembre de 2001.

político administrativo¹⁴.

Lo mismo ocurrió en el resto de América Latina que adoptó el fundamentalismo de mercado pregonado por el FMI y el Tesoro de los Estados Unidos, como lo explica el premio Nobel J. E. Stiglitz: "Si el consenso de Washington tuvo sus frutos, aún no se ha gozado de ellos o por lo menos los ciudadanos promedio de muchos de los países aún no lo han hecho. Países como Bolivia, que se encontraron entre sus primeros seguidores, todavía preguntan: Hemos sentido el dolor, ¿cuándo nos toca la recompensa? Si las reformas expusieron a los países a un mayor riesgo, evidentemente no les dieron las fortalezas para una recuperación rápida; en América Latina en su conjunto siguió casi media década de caída en el ingreso per cápita... Cuando las reformas fracasaron en el cumplimiento de lo prometido, tal como sucedió en un país tras otro, los gobiernos volvieron a perder credibilidad. Así, las debilidades de las instituciones públicas fueron causadas en parte por las instituciones de Washington"¹⁵

Es tiempo de rescatar la estructura del Estado de bienestar modelada por nuestras constituciones y reconstruir un sector público fuerte que satisfaga las necesidades colectivas sin quedar atado por las leyes del insaciable mercado. Es necesario refundar un nuevo Estado de Bienestar, democrático, pluralista, participativo y controlado por la ciudadanía y, además, fuerte e independiente del mercado y los capitales privados, que pueda alcanzar una igualdad real, garantizando los derechos fundamentales de sus habitantes, sin exclusiones.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, los servicios públicos tuvieron su regulación específica en el texto fundamental del país¹⁶ donde se dispuso la protección de los usuarios de los servicios públicos, obligando al Estado a garantizar el derecho de los ciudadanos a gozar de servicios públicos de calidad y eficiencia.¹⁷

Si bien la Constitución reformada, a través de su artículo 42, creó nuevas formas de subjetividad (consumidor y usuario) que, en cierta medida, pretenden reemplazar al "ciudadano", la obligación del Estado es

¹⁴ Basta recordar los hechos acaecidos en nuestro país el 19 y 20 de diciembre de 2001 y la profunda crisis de legitimación del poder político que se manifestó en una interminable sucesión de presidentes.

¹⁵ Stiglitz, J E: "El Consenso Post Consenso de Washington" Documento presentado en "Del consenso de Washington para una Gobernanza Global, Forum Barcelona, 2004.

¹⁶ Así también lo hizo la Constitución Nacional dictada en el año 1949

¹⁷ Art. 42 de la CN: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo

garantizar sus prestaciones sociales (algunas brindadas por los servicios públicos y otras por la propia Administración) a todos los habitantes de la Nación, sean o no consumidores o usuarios (art. 75, inciso 18, 19 y 23 CN) y sin exclusión alguna. Recordemos que las estadísticas y la calle nos muestran que hay muchos ciudadanos que no son ni consumidores ni usuarios y no por ello dejan de ser titulares del derecho a gozar de los servicios del Estado que garanticen su efectiva inclusión en la sociedad.

Durante el gobierno de Carlos Menem, en aplicación ciega de las políticas neoliberales acordadas en Washington, se recurrió al dogma de las privatizaciones sin discriminar ni reflexionar sobre los sectores públicos que se transferirían a la actividad privada. Como lo cuenta Salvador María Lozada, esta década nos dejó: "privatizaciones, sin más, a cualquier precio, de cualquier modo, cualesquiera sean las consecuencias, cualesquiera sean los efectos y costos sociales, y su impacto sobre el bien común."¹⁸

Esta conducta no fue casual ni producto de una ingenuidad bienintencionada, sino que se dio en un contexto de corrupción y prebendas, donde la clase política gobernante se benefició con diversos tipos de privilegios, gozando, prácticamente, de una total impunidad. La Oficina Anticorrupción de la Nación, en un informe redactado por el Dr. Raigorodsky, explicó que: "...las privatizaciones no fueron el mágico remedio que sus impulsores propugnaban. Estos procesos fueron fuertemente atacados desde la prensa y las organizaciones de la sociedad civil, bajo acusaciones de que se habían producido importantes casos de corrupción en los procesos de licitación instituidos para transferir los bienes y servicios a manos privadas. Investigaciones periodísticas, e incluso aquellas llevadas a cabo por la Oficina Anticorrupción, han mostrado que esas acusaciones poseían sólidos fundamentos"¹⁹.

Los servicios públicos esenciales, de los que la comunidad no puede prescindir sin afectar su salud, higiene y calidad de vida, y cuya titularidad corresponde al Estado ya que la Constitución y las leyes determinaron que su prestación se corresponde con los fines y esencia de la Administración, fueron concesionados durante la década del noventa. Así pasaron a manos

¹⁸ Lozada, Salvador María: "La deuda externa y el desguace del Estado nacional-", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, pág.96.-

¹⁹ Ver la publicación de la Oficina Anticorrupción: "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global", O.A, Buenos Aires, 2004.-

privadas servicios públicos esenciales como: gas, electricidad, agua y cloacas, transportes ferroviarios y aeronáuticos, correos, telecomunicaciones, corredores viales, etc.

Estas privatizaciones tuvieron la protección jurídica otorgada por el paraguas jurisdiccional que brindaron más de cincuenta Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmados con países extranjeros, que permiten a los inversionistas sustraerse del sistema jurídico dónde realizan sus inversiones. En la práctica el único capital invertido, y protegido, fue el foráneo, a costa de la renuncia de parte de nuestra soberanía como nación independiente a favor de organismos internacionales como el CIADI, que arbitrarían en los conflictos entre la Argentina y las empresas extranjeras .

Estos tratados fueron aprobados por leyes sin debate parlamentario lo que reflejó una aceptación acrítica de esa política de sometimiento, por parte de los representantes del pueblo, sin importar el partido de pertenencia. Como lo explicó Jorge Luis Salomoni: "La incorporación de tal normativa a nuestro ordenamiento careció de una evaluación primaria de impacto sobre el sistema jurídico sobre el cual iba a surtir efectos"²⁰.

A pesar de esta entrega de activos nacionales al capital internacional, la delegación de esta función estatal en manos privadas a través de una concesión de servicios públicos, no afectó en modo alguno la titularidad del Estado sobre ese sector de la economía. Como lo explica Alejandro Pérez Hualde; "Sea por otorgamiento o fuere por delegación, el concesionario ejerce la explotación de un servicio que el Estado considera vital y que, por esa causa, entiende que debe garantizar a la población la calidad y eficiencia de su prestación".²¹

El fracaso del modelo neoliberal inspiró una modificación del discurso social, en la pluralidad de sus manifestaciones, sobre los fines y objetivos del Estado, cobrando vigencia una concepción diferente del papel del sector público en la sociedad argentina actual. En este marco proponemos revisar la protección del bien jurídico *administración pública* en cuanto repercute en el standard de conducta exigido a los empresarios prestadores de servicios

²⁰ Ampliar en Salomoni, Jorge Luis: "El instituto de la licitación pública en el sistema positivo argentino: sus principios rectores", Revista Actualidad en el Derecho Público N° 10, Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo-agosto de 1999.

²¹ Pérez Hualde, Alejandro: "El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar.", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 14.

públicos concesionados por el Estado.

III.- El contrato administrativo de concesión de servicio público.-

Podemos, a fin de no sobreabundar, tomar la definición que nos da Jorge Sarmiento García al decirnos que “La concesión de servicios públicos es el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente.”²²

IV.- Los delitos contra la Administración Pública.

La regulación penal de los delitos contra la Administración Pública, debe ser analizada, luego de la reforma constitucional de 1994, bajo el prisma del nuevo artículo 36 de la Constitución Nacional, que dice: “*Atentará asimismo contra el sistema democrático quién incurriere en grave delito doloso que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado, por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos*”. Para autores como Gordillo, éste párrafo es aplicable tanto a un funcionario público como a un particular.

El Código Penal Argentino dedica uno de sus títulos de la parte especial a los “Delitos contra la Administración Pública”, donde se pueden hallar tipos penales con una especialidad dada por el autor de las conductas reprochadas, exigiendo que el sujeto activo sea un funcionario público.

Así tipifica, entre otras conductas a reprimir, el abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos (artículos 248 a 253), el cohecho y tráfico de influencias (artículos 256 a 259), la malversación de caudales públicos (artículos 260 a 264), las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (artículo 265), las exacciones ilegales (artículo 266 a 268), el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (artículos 268) y el encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo (artículo 277 a 279)

El bien jurídico protegido por el ordenamiento normativo penal, para la doctrina argentina, es la regularidad y eficiencia de la función pública, entendida en un sentido amplio, es decir la actuación de los tres poderes constituidos, tanto ejerciendo función administrativa, propiamente dicha,

²² Sarmiento García, Jorge: “Concesión de Servicios Públicos”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 29.

como otras funciones del Estado. Como ya lo explicara Sebastián Soler, la expresión administración pública no está empleada en el sentido técnico corriente propio del derecho administrativo, sino con mucha mayor amplitud, siendo así el bien jurídico protegido el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes.²³

La Convención Interamericana contra la corrupción, ratificada por nuestro país mediante Ley 24.759, entiende por "*función pública*", a los fines de dicha convención; "*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*"

Respecto de los servicios públicos, en tanto función administrativa, Creus propone su inclusión dentro de la actividad protegida, siempre que se desenvuelva exclusivamente dentro de la administración, aunque se protege todo tipo de servicio público, ya sea que se preste dentro o fuera de la función.

Existen bienes jurídicos que sólo son disponibles por ciertas personas habilitadas por el ordenamiento jurídico para hacerlo, es por ello que estos sujetos gozan de lo que García Martín llama "relación de dominio", ya que su fundamento reside en la posición de poder que ellos detentan sobre aquellos bienes.

Para determinar la definición que el código penal hace del funcionario público debemos remitirnos a su artículo 77 que dice, en su parte pertinente que: "*Por los términos "funcionario público" y "empleado público" usados en este código, 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*".

Tanto en Derecho Administrativo como en Derecho Penal se discutió sobre la necesidad de distinguir entre empleado y funcionario, concluyéndose que tal diferencia no refleja una distinción real ni lógica. Como vimos el concepto de funcionario público es jurídico y por ello debemos recurrir a todo el ordenamiento normativo para encontrar su definición.

²³ Soler, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", Editorial TEA, Buenos Aires, 1992, Tomo 5, pág.121 y sgtes.

V.-El concepto de "funcionario público" en las leyes 24.759 y 26.097.

En fecha 4 de diciembre de 1996 la Organización de Estados Americanos sancionó la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada en la Argentina por ley 24.759.

En el artículo 1 de dicha Convención se dispuso que para los fines de la presente, se entiende por "*funcionario público*", "*oficial gubernamental*" o "*servidor público*" a "*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*"

El 31 de octubre de 2003, en Nueva York, la Organización de las Naciones Unidas sancionó la Convención contra la Corrupción, tratado aprobado por nuestro país por Ley 26.097. Entre sus objetivos destaco el establecido en el artículo 1, inciso c) que dispone como finalidad de la Convención la de promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Según el artículo 2 de esta Convención: "*A los efectos de la presente Convención: a) Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o **que preste un servicio público**, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte"*

Como vemos, el concepto de funcionario público que da la Convención de las Naciones Unidas, amplía ,considerablemente, la noción

dada en su par Interamericana, ya que incluye “a toda otra persona que preste un servicio público”. Al referirse a otra persona, excluye a las incluidas en el primer punto de la definición, es decir a las que ocupan un cargo legislativo, ejecutivo administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo.

Agrega la definición normativa la frase: “ según se defina en el derecho interno del Estado Parte. y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte” En el pensado caso Skanska nuestro ordenamiento jurídico interno define que la actividad desarrollada por la concesionaria es un servicio público nacional. Así la ley 24.065, al establecer el marco regulatorio del transporte y distribución del gas, dispuso en su artículo 1º que el transporte y distribución de gas constituye un servicio público nacional.

En ambos tratados se especifica que las definiciones normativas deberán ser consideradas “a los efectos de la presente convención” (Ley 26.097) y “para los fines de la presente convención” (Ley 24.759). Por ello, la propuesta de interpretación aquí efectuada se limita a la utilización del concepto de *funcionario público*, a fines de efectivizar la responsabilidad de tipo penal de los directivos de empresas prestatarias de servicios públicos privatizados, cuando se les impute un acto de corrupción.

Qué alcances debe dársele a las citadas convenciones contra la corrupción y cómo repercuten en nuestro ordenamiento normativo interno, son preguntas que debemos tratar de contestar para poder concluir este trabajo.

El fenómeno de internacionalización de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la reforma Constitucional de 1994, como lo explicara Jorge Luis Salomoni, transformó los paradigmas sobre los cuales se fundaba nuestro derecho público, sus instituciones y nuestra mirada sobre ambos.²⁴ Según Agustín Gordillo, esta nueva configuración de nuestro derecho constitucional permite que la Convención Interamericana contra la Corrupción, además de reconocer la jurisdicción de otros países sobre hechos acaecidos en nuestro territorio, tenga diversas normas y principios

²⁴ Salomoni, Jorge Luis: “Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los Servicios Públicos”, en el libro dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis: “Emergencia, Pública y Reforma del Régimen Monetario.”, La Ley, Buenos Aires, 2002.-

operativos en nuestro ordenamiento interno y obligando al Estado Argentino frente a sus ciudadanos y al resto de las naciones partes del tratado.²⁵ Los mismos alcances debe dársele a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

VI.- ¿Los directivos de las empresas prestadoras de servicios públicos pueden ser considerados funcionarios públicos a los fines de combatir la corrupción?.-

Debemos en primer lugar limitar la actividad estatal que pretendemos analizar, para ello excluirémos de los servicios públicos, aquellos conocidos por la doctrina como impropios, que desarrollan los privados bajo la regulación pública y las actividades serviciales que lleva el propio Estado adelante, mediante sus órganos administrativos (Servicios públicos prestados por el Estado y funciones propias de la administración). En el primer caso no cabe duda que no se trata de funcionarios públicos, estando en el segundo caso, claramente incluídos en tal concepto.

¿Qué ocurre con los servicios públicos que constituyen una obligación propia del Estado y que la Administración delega a un privado mediante la celebración de un contrato administrativo?

Como vimos la regulación de la prestación de servicios públicos esenciales, cuya titularidad corresponde al Estado, se encuentra fuertemente afectada por el orden público y el bien común.

En mi opinión, la definición de funcionario público que realiza la convención puede alcanzar sólo a aquellas personas que hallan contratado con el Estado la prestación de un servicio público, ya sea a través de un contrato de concesión o de locación de servicios, mediante el cual el Estado le haya encomendado a un particular la atención de una necesidad comunitaria especial, autorizándolo a percibir un precio por parte de los usuarios, en el primer caso, o pagándole un precio en dinero, en el segundo.

¿Qué fundamento encuentro para cargar con tal peso a los directivos de las empresas concesionarias de servicios públicos?

Parto para ello de la necesidad de definir los alcances del concepto

²⁵ Gordillo, Agustín: "Tratado de Derechos Administrativo", Edición Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, pág.VI-16. Señala que el "impone en el derecho interno el principio de la publicidad, equidad y eficiencia de las contrataciones públicas (art. III, inc. 5º), lo que transforma de pleno derecho en antijurídicas las adjudicaciones y los precios finales a su extinción que no se publiquen en el Boletín Oficial, o que fueren inequitativas para los usuarios

funcionario público de acuerdo a las disposiciones del Código Penal (art. 77) y a leyes nacionales que aprobaron sendos tratados internacionales contra la corrupción.

Como explica Domenech: "la expresión funcionario público muestra como pocas la complejidad de los ordenamientos jurídicos, y los procesos de significación de los términos, que se acomodan poco a las imágenes piramidales que de ellos poseemos, y a las definiciones únicas e incontrovertibles con las que pretendemos acotar los problemas que presentan."

Para ello recurriremos al contexto en que los conceptos fueron dos en el Código Penal y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En el ya citado artículo 77 del Código Penal el legislador estableció una serie de reglas que deben ser tenidas en cuenta para la correcta interpretación de las disposiciones en él contenidas, siendo la aplicación de los conceptos obligatoria, salvo cuando aparezcan acepciones especiales en las figuras penales particulares.²⁶ En la definición que el código nos da de funcionario público podemos identificar los siguientes requisitos que consideraremos para resolver el caso de los concesionarios:

1) Participación del ejercicio de las funciones públicas.-

Aquí es menester definir de alguna manera el concepto de función pública y su ejercicio. Núñez explica que la participación en la función pública existe: "cuando el Estado ha delegado en la persona de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público."²⁷

Surge de lo relatado ut supra, que la actividad de los concesionarios de servicios públicos privatizados es, en cierta medida, una forma de participación en el ejercicio de funciones públicas, cuya titularidad reside en cabeza de la propia administración pública.

Por lo tanto, encuentro cumplido este carácter configurador del concepto de funcionario público.

2) Por nombramiento de autoridad competente.-

En una primera interpretación de la palabra nombramiento podríamos

²⁶ Conf. Dayenoff, David: "Código Penal. Concordancias, comentarios, jurisprudencia y esquemas de defensa", AZ Editora, Buenos Aires, 1991, pág.152.

²⁷ Núñez: "El significado del concepto de funcionario público en el Código Penal, JA, 1970-544.

considerar que el código se está refiriendo al nombramiento de trabajadores del estado o empleados públicos, pero recurriendo a la naturaleza del concepto podemos afirmar que tal acto implica, por parte de la autoridad competente, la culminación de un proceso de selección de un contratista del estado.

Y es así que tanto el concesionario como el empleado, revisten la calidad de contratistas del estado ya que son partes firmantes de los contratos de concesión de servicios públicos y empleo público, respectivamente.

Como vimos, los prestadores de un servicio público se encuentran vinculados con el Estado por un contrato, firmado luego de una selección del contratista mediante el procedimiento de licitación pública, que se caracteriza por la nota de remuneración (ganancias) y por la profesionalidad requerida para brindar un servicio que satisfaga una necesidad de la comunidad.

También encuentro cumplido el segundo requisito que establece la ley para poder considerar que nos encontramos frente a un funcionario público.

Desde la doctrina penal, encontramos autores como Edgardo Donna que considera que el funcionario público es un individuo titular de funciones orgánicas de servicio estatal y está caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad pública. Agrega; "Desde esta concepción, el concepto de funcionario se convierte en un concepto material- real, o si se quiere, funcional sustantivo"²⁸

Desde esta conceptualización también podría darse una respuesta afirmativa a mi pregunta, ya que los concesionarios desarrollan funciones correspondientes al servicio estatal en forma onerosa y profesional.

Cerezo Mir hace referencia a la finalidad de la tipología penal analizada y afirma que: "los preceptos del Derecho Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin, lo mismo que en el Derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios públicos en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización del servicio público".

La situación de corrupción en el área de servicios públicos

²⁸ Donna, Edgardo A: "Delitos contra la administración pública", Editorial Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 28.

privatizados fue expuesta por la propia Oficina Anticorrupción, al afirmar que: “ “En las condiciones particulares del proceso de privatización de empresas públicas en la Argentina, la *captura del Estado* no se limitaría meramente a la generación de las reglas de juego por medios de pagos, sino que asume otras características: los grupos económicos beneficiados por la distribución de empresas en el proceso privatizador tuvieron la oportunidad de influir en los entes de regulación de servicios públicos mediante la ubicación en puestos estratégicos de agentes relacionados a esos grupos de manera de establecer mecanismos permanentes por medio de los cuales la influencia de esos grupos se consolidara”²⁹

El Estado debió, al delegar la mayoría de sus funciones en el sector privado, reservarse y ejercer un efectivo control sobre los sectores de la economía privatizados, clarificando, como lo explica Juan González Moras, los alcances y obligaciones específicas de cada uno de los sectores y garantizando a todos los ciudadanos los derechos consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional.³⁰

La necesidad de tener un ordenamiento jurídico que permita responsabilizar personal e individualmente a todas aquellas personas que generan un perjuicio al Estado, aún cuando no se trate de sus agentes públicos, ya fue destacada por Agustín Gordillo, para quién “los concesionarios o licenciatarios utilizan frecuentemente a los funcionarios públicos como instrumentos de sus políticas comerciales, y observan desde la platea cómo se desarrolla la batalla usuario- administración- empresa, sabiendo que la cuestión difícilmente les alcance a ellos personalmente: son la versión contemporánea de la irresponsabilidad de los funcionarios públicos del pasado y del presente”.

En este contexto y a fin de cumplir con los fines del sistema penal argentino y las Convenciones contra la corrupción ratificadas por nuestra nación, corresponde interpretar extensivamente el concepto de *funcionario público*, de forma tal que alcance a los concesionarios de servicios públicos, a los efectos de valorar penalmente su conducta.

Debido a la reciente incorporación del Convenio de las Naciones Unidas a nuestro ordenamiento aún no abunda jurisprudencia que se expida

²⁹ Oficina Anticorrupción, ob. Cit, pág.71.

³⁰ González Moras, Juan: “Servicios postales. Su actual regulación y demonopolización.”, Revista AeDP N° 11, 1999, pág. 73.

sobre la interpretación aquí propuesta. En otro contexto normativo se puede citar la sentencia de fecha 29 de mayo de 1996, dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dónde dijo que: "Con respecto a las condiciones que en el art. 77 del libro de fondo se prevén para catalogar a los funcionarios públicos, no es obstáculo para captar la conducta en cuestión en la abarcada por la citada normativa, la circunstancia de que E.N.Co.Te.SA sea una sociedad anónima o que ésta rija las relaciones con su personal por la Ley de Contrato de Trabajo, las convenciones colectivas que hubieren sido celebradas con las asociaciones gremiales representativas de su personal y por la legislación laboral- arts. 6 y 18 del decreto 214/92- porque en la órbita penal lo que recibe tutela jurídica es, como se reseñó más arriba, el normal desenvolvimiento de la Administración Pública, régimen al cual no ha dejado de pertenecer aún el procesado ni la entidad en la que se desempeña puesto que la ley que regula su transformación asigna al Estado nacional una participación mayoritaria- art. 9 del decreto citado en función de la ley 23.696"³¹

En esas condiciones, y a fin de dar cumplimiento a los fines dispuestos por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, corresponde considerar a los directivos de las empresas prestadoras de servicios públicos concesionados como funcionarios públicos, a la hora de aplicar el título 11 de la parte especial del Código Penal.

VII.-Conclusión.

Concluyo que una interpretación como la que aquí se propone del concepto de *funcionario público* y su extensión a los directores de empresas prestatarias de servicios públicos, bien podría haberse fundado en el texto del artículo 77 del Código Penal, sin necesitar una norma como la incluida por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Luego de la sanción de la ley 26.097, que expresamente incluye a los concesionarios de servicios públicos dentro del uso de la noción de funcionario público en todas aquellas conductas estatales destinadas a la lucha contra la corrupción, parece no haber espacio para dudas en cuanto a la determinación de los delitos que pueden ser imputados a los directivos de las empresas privatizadas, en tanto funcionarios públicos. Ahora bien, la

³¹ Interloc.13.177,c 12.180.

viabilidad de la interpretación normativa propuesta, no dependerá sólo del texto de la norma, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado Social y Democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.³²

³² Althusser, Luis: "Ideología y aparatos ideológicos del Estado", Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1988, pág. 28.