

## LAS RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Miriam Mabel IVANEGA

SUMARIO: I. *Introducción. El órgano administrativo.* II. *Breve explicación sobre la responsabilidad pública.* III. *La responsabilidad política.* IV. *Responsabilidad penal.* V. *La responsabilidad civil.* VI. *Responsabilidad disciplinaria.* VII. *La responsabilidad patrimonial.* VIII. *Breves reflexiones finales.*

### I. INTRODUCCIÓN. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

Un correcto enfoque de la responsabilidad de los funcionarios públicos remite a la noción original de órgano administrativo.

Históricamente, a partir de la concepción del Estado como una persona jurídica pública, la doctrina y la jurisprudencia buscaron el fundamento que diera explicación a la imputación de los actos de las personas físicas —funcionarios— al Estado.

Superados los enfoques del mandato y la representación,<sup>1</sup> surge *la teoría del órgano* como una consecuencia lógica del dogma de la personalidad jurídica del Estado,<sup>2</sup> de forma tal que el concepto de órgano se convierte en el punto inicial de toda la teoría jurídica de la organización pública.

Bien ha sostenido García-Trevijano Fos que el objeto de esa doctrina es explicar porqué la organización administrativa permanece, no obstante

<sup>1</sup> Véase Ivanega, Miriam Mabel, *Principios de la administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, febrero de 2005, capítulo III.

<sup>2</sup> Santamaría Pastor, “La teoría del órgano en el derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero-marzo de 1984, pp. 43 y ss.

los cambios de las personas físicas que actúan para ella.<sup>3</sup> Desde Otto von Gierke hasta Hans Kelsen han tratado de explicar cómo los agentes públicos se insertan en la estructura administrativa —ya que no es ajeno o externo a ella— y de qué forma se le puede atribuir al Estado las consecuencias jurídicas de los actos que aquéllas llevan a cabo.<sup>4</sup>

Esta concepción permitió reconocer la responsabilidad directa del Estado por el actuar de los agentes públicos en el *leading case* “Vadell”, oportunidad en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó —a partir de la idea objetiva de la falta de servicio por aplicación subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil— que “la actividad que los órganos o funcionarios del Estado realizan para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.<sup>5</sup>

Aceptada la teoría del órgano, se plantearon dos posiciones extremas en cuanto a la noción de órgano administrativo: la *objetiva*,<sup>6</sup> que instituye al órgano como centro de competencias y atribuciones, independiente de las personas físicas, y la *subjetiva*,<sup>7</sup> que lo identifica con la persona física; es decir, con el titular que manifiesta la voluntad de la organización.<sup>8</sup>

Santamaría Pastor, en franca crítica a las elaboraciones doctrinarias, ha insistido que lo relevante no es saber si la persona física es o no un órgano, sino cómo, con qué límites y consecuencias jurídicas se imputan sus actos al Estado.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> García-Trevijano Fos, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967, t. II, capítulo XXII. Véase, también, Méndez Aparicio, *La teoría del órgano*, Montevideo, A. Fernández, 1971.

<sup>4</sup> Señala González Navarro que la teoría orgánica recurre a un paralelismo del órgano jurídico con los órganos de las personas físicas: cuando actúan éstas lo hacen mediante sus órganos corporales. En el caso de la administración, ésta se manifiesta y lleva a cabo sus voliciones por medio de sus órganos. González Navarro, Francisco, *Derecho administrativo español*, Pamplona, EUNSA, 1987, t. I, p. 616.

<sup>5</sup> Fallos 306:2030, en especial considerandos 5 y 6.

<sup>6</sup> La posición objetiva ha tenido variadas interpretaciones, principalmente en las doctrinas española e italiana, sin descartar la elaboración de teorías que combinan ambos criterios.

<sup>7</sup> Son exponentes del criterio subjetivo Gierke y Merkl. Véase Ivanega, Miriam M., *op. cit.*, nota 1, pp. 123 y ss.

<sup>8</sup> García-Trevijano Fos, José A., *op. cit.*, nota 3, p. 170.

<sup>9</sup> Santamaría Pastor, *op. cit.*, nota 2, pp. 43 y ss.

En la doctrina nacional, el concepto que comprende a los elementos objetivo (estático, permanente y abstracto: el centro de atribuciones) y subjetivo (dinámico, variable y concreto, que pone en movimiento al elemento estático: la persona física) ha sido desarrollado, entre otros, por los profesores Marienhoff, Cassagne y Diez.

A su vez, el criterio que divide entre órgano institución y órgano persona entiende que órgano es el conjunto de atribuciones o competencias (el *uffici*) que será ejercido por una persona física (el funcionario público), quien al expresar su voluntad en el marco de las funciones conferidas produce la citada imputación. Así, se distinguen dos órganos: el jurídico (“órgano-institución”) y el físico (“órgano-individuo”).<sup>10</sup>

Respecto a ello, Gordillo indica que la adopción de uno u otro criterio no varía las consecuencias prácticas, pues en ambos casos se hace referencia a construcciones jurídicas que permiten imputar a un ente la voluntad del ser humano manifestada en el marco de sus atribuciones. Por eso el órgano no constituye una persona distinta del ente que conforma, pues al integrarlo se confunde con él.<sup>11</sup>

Ahora bien, en lo que interesa al tema de la responsabilidad, cabe considerar que la persona física —titular del órgano administrativo— se encuentra en una doble relación con la organización a la que pertenece.

Cuando aquél actúa “hacia dentro de la administración”, es decir, como sujeto de derecho con derechos y obligaciones propios, distintos a los de la organización (que incluso pueden ser contrapuestos), el vínculo que se establece es “de servicio”; dando lugar a la noción de empleo público.

En cambio, si la persona física investida como agente público actúa en y para la administración, pero trascendiéndola, es decir “hacia fuera” de ella y en interrelación con otras personas físicas o jurídicas ajenas a la organización —lo que hace que en cierta forma pierda su “individualidad”—, se establece una relación distinta: es la llamada “orgánica”. Es en este vínculo en el que existe una identificación entre la persona y el ente, y por tanto un fenómeno de incrustación en la propia organización.<sup>12</sup> De esta última se deriva la responsabilidad del Estado.

<sup>10</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2000, t. I, p. XII-1.

<sup>11</sup> *Cfr. ibidem*, capítulo XII, 2 y 3.

<sup>12</sup> García-Trevijano Fos, José A., *op. cit.*, nota 3, p. 178; Escola, Héctor, *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1990, vol. I, p. 257.

Por todo ello, es mi opinión que corresponde integrar las responsabilidades del Estado y de los funcionarios públicos, entendidas como un sistema complejo pero único, por ser compatibles y reconciliables entre sí. Ambas parten de una misma noción; por ello, el distinto enfoque con que se aborde cada una de ellas no es óbice para comprender que sus fundamentos trascienden la letra de la ley y se ubican en el marco de los principios constitutivos del Estado de derecho, garantizador de la satisfacción del interés público y respetuoso de los derechos y garantías de los particulares.

## II. BREVE EXPLICACIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA

La administración pública es un instrumento esencial en la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas, pues debe responder a los fines estatales.

Su organización está llamada a “atender” a los administrados; por ello, sus objetivos y la actuación de quienes la componen deben estar dirigidos a cumplir la finalidad pública ínsita en la noción misma de Estado.<sup>13</sup>

En la actualidad, el concepto de la responsabilidad pública ha adquirido una mayor virtualidad, con el reconocimiento expreso de exigencias éticas y de la transparencia de los actos de gobierno.

Resulta primordial comprender que el agente público es un servidor (como bien se lo suele denominar en varios países de América del Sur y Central), cuya actuación debe ser cumplida para el bien de la comunidad.

Por eso la noción de funcionario público no puede ser escindida de la responsabilidad y de la asunción de las consecuencias por las irregularidades que cometa.

La responsabilidad es control y garantía: es garantía de los ciudadanos, pero también es un principio de orden y un instrumento de control del poder.<sup>14</sup>

Su noción está ligada a todos los ámbitos en los que el agente público puede manifestar o expresar su comportamiento o conducta.

<sup>13</sup> Acerca de la administración pública, su formación, contenido y relación con los poderes del Estado véase Ivanega, Miriam M., *op. cit.*, nota 1, en especial capítulo I.

<sup>14</sup> Rebollo, Luis Martín, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Editorial Ciencias de la Administración, mayo de 2001.

Atendiendo a ello, y en función de los distintos bienes o valores jurídicos que tienden a proteger o tutelar, se la clasifica en: *política, penal, civil, administrativa y patrimonial*.

### III. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Esta responsabilidad se funda en el principio del control recíproco de los actos de los poderes de gobierno; de ahí que Lowenstein la definiera como aquella en la cual “un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada”.<sup>15</sup>

Con acierto, Fiorini ha discutido la existencia de responsabilidad política de los agentes estatales, dado que es un tipo de responsabilidad excepcional, restringida a ciertas autoridades constitucionales; incluso, no la puede extender a otras autoridades que no sean las que expresamente están contempladas en la Constitución nacional. De ahí que “comentar el derecho estatutario de los agentes estatales y mencionar la responsabilidad política es un error que provoca confusiones. El agente del estatuto y los agentes fuera de carrera no son pasibles de responsabilidad política”.<sup>16</sup>

El juicio político es el control que ejercen las cámaras del Congreso de la nación sobre otros órganos del gobierno federal, con el objeto de hacer efectiva su responsabilidad conforme a las causas expresadas en la Constitución, mediante un procedimiento especial.<sup>17</sup>

Siguiendo ese criterio, la instrumentación de esta responsabilidad se concreta con la moción de censura o de desconfianza; es decir, en la quita de respaldo que la mayoría parlamentaria realiza al gabinete o al ministro, obligándolos a presentar su dimisión. En el régimen presidencialista —como el de la República Argentina— la moción es reemplazada por el juicio político.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Ekmedjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV, pp. 200 y 201.

<sup>16</sup> Fiorini, Bartolomé, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976 (2a. ed. actualizada de 1995), t. I.

<sup>17</sup> Quiroga Lavié, Humberto *et al.*, *Derecho constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. II, p. 1068.

<sup>18</sup> Ekmedjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 15, p. 201.

No se trata de un juicio penal, pues no se persigue castigar sino separar del cargo a un funcionario; no se juzga un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado: el objetivo se agota cuando el funcionario se separa o no está en el cargo. Por ende, es el proceso administrativo desarrollado por órganos políticos (las cámaras parlamentarias), ámbito en el que se juzga la responsabilidad política de un alto funcionario del Estado, cuya sanción es, principalmente, la remoción del cargo.<sup>19</sup>

En síntesis, su objeto es quebrar la inamovilidad, separar del cargo y quitar la inmunidad de jurisdicción penal, sin perjuicio de las acciones penales posteriores.

Conforme al artículo 53 de la Constitución nacional, corresponde a la Cámara de Diputados el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, ministros y miembros de la Corte Suprema en causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de la causa por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes.<sup>20</sup>

Es una atribución propia de la legislatura el acusar y juzgar a los altos funcionarios por su conducta política, aspectos que han de ser tenidos especialmente en cuenta cuando el Poder Judicial interviene para controlar si se han afectado derechos constitucionales.<sup>21</sup>

En la causa “Molinas Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo s/ amparo” el alto tribunal de justicia puntualizó que los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los comprendidos en la referida norma (antes de la reforma constitucional, artículo 45), no pudiendo una ley de rango menor crear más inmunidades que las

<sup>19</sup> Huenchiman, Valeria Marina, “Juicio político”, en Stiglitz, Gabriel (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 168 y ss.

<sup>20</sup> El artículo 115 de la Constitución nacional establece también que los jueces de tribunales inferiores de la nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

<sup>21</sup> CSJN, T. 314:1723, causa “Del Val Ricardo J. S/ H. Cámara de Diputados Provincia de Santa Cruz, Saal Juzgadora Juicio Político s/recurso inconstitucional”. En igual sentido, Causa “ATE San Juan, Secretario General Héctor Sanchez s/ juicio político-inconstitucionalidad” (disidencias de los doctores Levene y Bossert), T. 317:874.

contenidas en la Constitución. En esa oportunidad —en la que debió resolver si la remoción del fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas podía efectuarse únicamente mediante el procedimiento de los artículos 45, 51 y 52 de la Constitución o si podía ser desplazado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional— sostuvo que “...si se admitiese la discrecionalidad del Congreso para determinar de antemano quiénes gozarán del privilegio derivado de ese status hasta que se levante su inmunidad se vulneraría el principio de igualdad ante la ley, que es derivación directa del sistema republicano adoptado por la Constitución nacional...” (considerando 6 *in fine*).<sup>22</sup>

#### IV. RESPONSABILIDAD PENAL

Se configura por los actos u omisiones —dolosos o culposos— que constituyen infracciones consideradas “delitos” por el Código Penal o leyes especiales.

La responsabilidad penal nace en la medida “en que su conducta encuadre típicamente en algunas de las reprimidas por la norma penal de fondo. Es decir, que, en este aspecto, la legislación penal actúa como límite externo y negativo para el agente...”<sup>23</sup>

Los delitos previstos en el Código Penal vinculados con los agentes públicos se clasifican en dos grupos: los delitos propios de éstos —son tales por la existencia necesaria de un agente público— y aquellos delitos en los que la figura del agente público produce un agravamiento de la sanción. Dentro de los primeros se ubican los del título XI del Código: abuso de autoridad y violación de deberes públicos (capítulo V), cohecho y tráfico de influencias (capítulo VI), malversación de caudales públicos (capítulo VII), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (capítulo VIII), exacciones ilegales (capítulo IX), enriquecimiento ilícito (capítulo IX bis).

Los otros supuestos son, por ejemplo, los delitos de violación de domicilio, de secretos, atentado y resistencia a la autoridad, usurpación de autoridad, títulos y honores, denegación y retardo de justicia, evasión y

<sup>22</sup> Fallos 314:1091.

<sup>23</sup> Canda, Fabián Omar, “Responsabilidad penal de los agentes de la administración pública”, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001.

quebrantamiento de pena, encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo, defraudación, rebelión y falsificación de sellos.

La figura penal que se ha considerado como eficaz para combatir la corrupción es la del abuso de autoridad, habiéndose distinguido entre los delitos de abuso y de violación de deberes, ubicando la línea divisoria en la entidad de la norma que impone expresamente el deber de actuación del agente; de tal forma que de tratarse de una ley formal, el agente incurriría en abuso, mientras que si se trata de una norma infralegal, el delito es el de incumplimiento de deberes.<sup>24</sup>

De los delitos enunciados, cabe mencionar aquellos que han cobrado una particular importancia a partir de las reformas introducidas en el Código Penal por la Ley núm. 25.188 (Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública). Esta norma modificó los artículos 256, 257, 258, 265, 266 y 268.2 e incorporó los artículos 256 bis, 258 bis y 268.3, del Código Penal.

Las mencionadas figuras son:

1) *Cohecho*. En este delito el interés jurídicamente tutelado es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, en cuyo ámbito los funcionarios públicos desarrollen sus actividades en función del deber, por un parte, y el sueldo que reciben del Estado<sup>25</sup> por la otra.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 633.

<sup>25</sup> La distinción fundamental entre cohecho y concusión, según lo determinara la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, radica en que “en esta última la voluntad del que paga está viciada por el temor que la exigencia del funcionario ha engendrado o, por lo menos, por el error que este último puede inducir en el primero (casos de concusión explícita e implícita). En cambio, en el cohecho existe un acuerdo de partes que es voluntariamente perfecto, representa un acuerdo sobre un acto futuro, legal o ilegal del funcionario. El hecho de que la concusión es un acto unilateral, mientras que el cohecho es bilateral, da a la distinción que se haga de ellos gran importancia. En la concusión el funcionario pide o exige y en el cohecho acepta; en la concusión debe existir la voluntad coartada del que paga” (voto de la doctora Capolupo de Durañona y Vedia en la causa núm. 1626: “Varela Cid, Eduardo s/recurso de casación”, del 29 de agosto de 2000. En igual sentido, se sostuvo que “existen claras diferencias entre los delitos previstos en los artículos 258 y 268 del Código Penal, pues en el cohecho el funcionario público se limita a ser receptor (puede aceptar o no) de la oferta de dádiva o de la promesa que le hace el corruptor, mientras que en la concusión es el funcionario quien exige o se hace pagar o entregar indebidamente del sujeto pasivo el dinero o dádiva que convierte en su provecho. Para que se configure el cohecho activo es necesario que un particular o un funcionario público «dé» u «ofrezca» una dádiva exclusivamente a un «funcionario público o a un juez»; mientras que para la concusión es preciso que sea un «funcionario público»

El cohecho pasivo, previsto en el artículo 256, es un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo; por ende, es necesaria la participación de por lo menos dos personas: el funcionario público, por una parte, como autor especial propio, que es quien acepta o recibe el dinero, la dádiva o promesa, y el sujeto activo por la otra, quien ofrece el dinero o dádiva, tanto puede ser un particular o un funcionario público.<sup>26</sup>

La figura contempla dos conductas: la de recibir dinero u otra dádiva o la de aceptar una promesa —siempre con un fin determinado—. Si la dádiva debe poseer valor económico o no, ha dividido a la doctrina.<sup>27</sup>

Las acciones contenidas en el tipo penal comentado comprenden una finalidad: que el funcionario haga o deje hacer algo vinculado a sus influencias ante otro agente público que haga o deje de hacer también “algo” relativo a sus funciones. En consecuencia, se exige el dolo directo.

El cohecho agravado del artículo 257 se configura a partir de la calidad del autor y por la naturaleza jurisdiccional del acto que se cumple u omite. Es un delito, cuyo bien jurídico lesionado es la administración de justicia. La reforma introducida por la Ley núm. 25.188 ha comprendido como sujetos activos al juez y al Ministerio Público.

La figura del cohecho activo, previsto en el artículo 258, se refiere a una conducta llevada a cabo por particulares para corromper o intentar corromper al funcionario. Se consume con la simple propuesta venal. Como se sostuvo anteriormente, el cohecho pasivo se da en la medida que se presente el cohecho activo, aunque se configuren como delito independiente y no como complicidad o participación. Esta figura penal se presenta aun sin la aceptación por parte del funcionario.

2) *Tráfico de influencias y soborno internacional*. La Ley núm. 25.188 incorporó, entre otros, el artículo 256 bis. La amplitud del artículo per-

quien «exija» a un «particular» y convierta a su favor o de un tercero la dádiva o contribución”. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III. Causa núm. 1833, “Montalto, Pablo y otro s/recurso de casación”, del 11 de agosto de 1999.

<sup>26</sup> Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 214.

<sup>27</sup> Sebastián Soler entiende que la dádiva debe consistir necesariamente en un valor económico, como el dinero o cosas de valor, descartándose una satisfacción estética, sentimental, sensual. Otro sector doctrinario —entre los que se incluyen autores como Fontán Balestra, Creus y Ramos Mejía— considera que debe atenderse al provecho o beneficio que la dádiva significa o reporta al funcionario público, prescindiendo de su valor económico.

mite afirmar que se contempla como autor no sólo al funcionario, sino también a cualquier persona. Es cercano al cohecho, pero con distintos bienes jurídicos protegidos, ya que en este caso se persigue la imparcialidad “como medio para que la función pública [atienda] los intereses generales y no intereses particulares”.<sup>28</sup>

Es un delito doloso que se consuma con el solo hecho de solicitar, recibir o aceptar el dinero o la promesa para hacer valer la influencia frente al funcionario público.

La figura penal se agrava si se configuran conductas destinadas a hacer valer la influencia debida ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, con el objeto de que emita, dicte, demore u omita un dictamen, resolución o fallo en asuntos que caigan bajo la competencia de aquéllos.

El caso del soborno internacional, previsto en el artículo 258 bis, contempla el supuesto del que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que aquél realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Protege la imparcialidad del funcionario extranjero al realizar un acto propio de sus funciones, de naturaleza económica. Se castiga a los particulares que corrompan o quieran corromper a funcionarios públicos de otro Estado.

3) *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*. El artículo 265 del Código Penal sanciona con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, al funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por 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. Esta norma se aplica a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

La reforma penal introduce un matiz: el interés puede darse “en miras de un beneficio propio o de un tercero”.

<sup>28</sup> Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, nota 26, p. 230.

El objeto genéricamente tutelado por este delito es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones; de manera tal que no sólo la actuación de los órganos administrativos sea imparcial sino también que no se encuentre bajo sospecha de parcialidad.<sup>29</sup>

Se exige un interés económico aun cuando la finalidad que se persiga sea distinta de ese carácter, y prescinde de la existencia o no perjuicio para la administración.<sup>30</sup>

4) *Exacciones ilegales*. Previsto en el artículo 266, reprime con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, al funcionario público “que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciera pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden”.

La exigencia con intimidación del pago de un derecho mayor que el que corresponde, prevista como delito por el artículo 266, revela que no es necesario que el sujeto pasivo crea que lo que paga es exigible, pues en este caso no obra por error sino por coacción.<sup>31</sup>

Sebastián Soler entiende que

...lo que hace de la exacción un delito contra la administración pública es el elemento de abuso de autoridad que contiene... este abuso puede no ser estrictamente funcional, basta que el sujeto actúe en función de autoridad, invocando esa calidad, expresa o tácitamente, y que esa calidad exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Soler, Sebastián, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Tea, 1978, t. V.

<sup>30</sup> Cfr. Creus, Carlos, *Delitos contra la administración*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

<sup>31</sup> Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III. Causa núm. 1845, “Olmedo, Osvaldo A. s/recurso de casación”, del 29 de diciembre de 1999.

<sup>32</sup> Soler, Sebastián, *op. cit.*, nota 29, p. 198. Este autor marca las diferencias entre el cohecho y la exacción, denominada tradicionalmente corrupción y concusión. Al respecto señala que: “En la corrupción, sea cual se la parte que toma la iniciativa, los dos sujetos llegan a un acuerdo voluntariamente perfecto, el corruptor da porque quiere dar... en la exacción, aun cuando se llegue a una resolución común, el acuerdo dista mucho de existir, porque el *extraneus* se determina por temor al poder del sujeto activo o por error, es decir, con voluntad viciada... La corrupción envuelve un acuerdo referido a un acto determinado y futuro que el funcionario debe cumplir. Ese acto futuro puede ser legal o ilegal. En la exacción no es necesaria la vinculación con un acto futuro, todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia” (pp. 194 y 195). La interpretación jurisprudencial ha sido aquella que distingue cohecho y concusión a partir de la

El objeto del delito es el cobro de la contribución, derecho o dádiva.<sup>33</sup>

El caso de persona interpuesta es equivalente a una actuación personal, donde el tercero es cómplice primario.

5) *Enriquecimiento ilícito*. Encuentra sustento en el Código Penal y en el artículo 36, párrafo 5, de la Constitución nacional: “Atentará contra el Estado democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

La incorporación de este artículo a la Constitución denota la importancia del ejercicio de la función pública, “por cuanto la calificación como delito grave y doloso a los actos que conlleven enriquecimiento atentan directamente contra el sistema democrático”.<sup>34</sup>

El artículo 268, inciso 2, sanciona

con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona inter-

voluntad del que paga, la cual en este último supuesto está viciada por el temor que la exigencia del funcionario ha engendrado o, por lo menos, por el error que este último puede inducir en el primero (casos de concusión explícita e implícita). En cambio, en el cohecho existe un acuerdo de partes que es voluntariamente perfecto, representa un acuerdo sobre un acto futuro, legal o ilegal del funcionario. El hecho de que la concusión es un acto unilateral, mientras que el cohecho es bilateral, da a la distinción que se haga de ellos gran importancia. En la concusión el funcionario pide o exige y en el cohecho acepta; en la concusión debe existir la voluntad coartada del que paga. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV. Causa núm. 1626, “Varela Cid, Eduardo s/recurso de casación”, del 29 de agosto de 2000.

<sup>33</sup> “Los objetos de las exacciones son las contribuciones, derechos o dádivas. Las contribuciones se refieren a impuestos, los derechos a prestaciones por pago de servicios (tasas), sanciones (multas), u obligaciones fiscales provenientes de otros actos de la administración (ej. pago de permisos de instalación). Las dádivas no han dejado de plantear problemas; dádiva es cualquier objeto que pueda transferirse del dador al receptor, aunque se discute en doctrina si debe tener un valor económico o si puede ser que constituya un beneficio, siendo irrelevante la entidad o medida de valor de la dádiva, ya que lo que interesa es que constituye el «precio» de la actividad o inactividad del funcionario. Debe admitirse que en materia de exacciones, la dádiva no es sólo la retribución por lo que debía hacer gratuitamente, sino cualquier contribución graciable exigida por los funcionarios en nombre de la administración”. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa “Varela Cid, Eduardo s/recurso de casación”, del 29 de agosto de 2000.

<sup>34</sup> Caballero, José Severo, “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos”, *La Ley*, T.1997-A, p. 793.

puesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

De ahí que la acción delictiva consiste en la no justificación de la procedencia del enriquecimiento producido posteriormente a la asunción de un cargo público.<sup>35</sup>

El sujeto involucrado en este tipo legal es el funcionario o empleado público obligado a justificar el enriquecimiento. La figura de persona interpuesta no resulta de la aplicación de la teoría de la participación, sino que se trata de una conducta delictual autónoma, exigiéndose de este tercero interpuesto que conozca el carácter ilícito de la causa del enriquecimiento del funcionario.<sup>36</sup>

Kemelmajer de Carlucci ha considerado que “lo que se castiga es el hecho del enriquecimiento ilegítimo, logrado mediante grave delito doloso, no siendo necesario el correlativo empobrecimiento del Estado”.<sup>37</sup>

El enriquecimiento del patrimonio debe ser apreciable; es decir, debe haber un aumento significativo de su activo o disminución de su pasivo.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Se considera que la conducta que se castiga en este tipo legal es la de no justificar el enriquecimiento, pues éste es algo que preexiste a la acción. Creus, Carlos, *Derecho penal, parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

<sup>36</sup> Caballero, José Severo, *op. cit.*, nota 34.

<sup>37</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La defensa del orden constitucional y del sistema democrático. La llamada «cláusula ética» de la Constitución”, *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 58.

<sup>38</sup> Así también lo ha entendido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en la causa núm. 25566 —“Gentile Oscar s/Inc. de nulidad”, del 14 de octubre de 1994— al señalar que el enriquecimiento ilícito puede consistir tanto en un aumento considerable del activo o disminución similar del pasivo. En esa ocasión tuvo oportunidad de entender que “la asunción de un cargo público, implica entre otros deberes, la aceptación de la obligación de justificar prevista en el artículo 268.2) del Código Penal. Los reparos constitucionales, no obstante la deficiente técnica legislativa no resultan viable. El principio que contempla que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo permanece inalterado, desde el momento que la garantía procesal significa declarar con total libertad o negarse a ello, sin implicar presunción en su contra. La obligación impuesta por la ley no altera el contenido dado que el cumplimiento de la misma se realiza con toda libertad y respetando el derecho de defensa en juicio”.

6) *Incumplimiento en la presentación de declaración jurada patrimonial*. El artículo 268, inciso 3, prevé una pena de prisión e inhabilitación especial perpetua para aquel funcionario que estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito exige que medie notificación fehaciente de la intimación y que el sujeto obligado no dé cumplimiento a dichos deberes legales dentro de los plazos que fije la ley respectiva.

También se prevé pena similar para el que maliciosamente falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con la legislación aplicable.

Lo que se sanciona penalmente es la omisión de una obligación legalmente impuesta.

## V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Se deriva del comportamiento —doloso o culposo— del funcionario, del cual se deriva un daño o perjuicio a terceros ajenos a la administración.

El “sujeto lesionado” es el parámetro que permite diferenciarla de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto: la civil atiende a la reparación a los terceros, mientras que para la patrimonial el sujeto dañado es la administración.<sup>39</sup>

En ese sentido, la responsabilidad civil constituye un caso de responsabilidad individual, referido a “cierta clase de personas y a un modo particular de proceder de las mismas con relación a determinadas actividades suyas”.<sup>40</sup>

Respecto a su encuadre legal, un sector de la doctrina se inclina por incorporar el comportamiento del funcionario en la responsabilidad prevista en el artículo 1112 del Código Civil,<sup>41</sup> requiriéndose que el acto

<sup>39</sup> Entrena Cuesta puntualiza que si el daño se produce en los bienes y derechos del Estado estamos ante una responsabilidad civil frente a la administración, pero si el daño se ocasiona sobre bienes y derecho de particulares la situación es otra y los procedimientos y tribunales competentes también (p. 339).

<sup>40</sup> Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. III-B, p. 387.

<sup>41</sup> El artículo 1112 del Código Civil expresa: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera

perjudicial se realice en ejercicio de sus funciones y que el daño se ocasiona por el cumplimiento irregular de las obligaciones que son inherentes al cargo.

De esta forma, si el funcionario causa un daño por hechos o actos ajenos a sus funciones, podrá ser civilmente responsable pero no en virtud del artículo 1112, sino del artículo 1109.<sup>42</sup> El Código Civil, además de estas normas, ha incluido la responsabilidad de determinados agentes públicos, como por ejemplo la de los encargados del registro de hipotecas por errores en certificaciones e inscripciones (artículo 3147).<sup>43</sup>

Fiorini critica la posición civilista que sobreestimó la responsabilidad indirecta del agente (del artículo 1113, colocando a la responsabilidad directa de los artículos 1112 y 1109 en lugar secundario. Para este autor, la responsabilidad refleja o indirecta de los artículos 1109 y 1113 da la posibilidad de que el damnificado accione contra el principal sin estar obligado a llevar a juicio a los autores del hecho dañoso (artículo 1122) y la acción *in rem verso* (artículo 1123) del principal contra el dependiente) no excluyen la responsabilidad directa de los agentes públicos ni establecen que deba hacerse siempre responsable al principal.<sup>44</sup>

Existe una diversidad de criterios doctrinarios respecto al alcance del artículo 1112, debatiéndose si alude a la responsabilidad del Estado y/o a la responsabilidad del funcionario público.<sup>45</sup> La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha inclinado por la primera posición, aun cuando existen disidencias que consideran que:

irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”.

<sup>42</sup> El artículo 1109 señala: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro”.

<sup>43</sup> Fiorini, Bartolomé, *op. cit.*, nota 16, t. I, p. 873.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 874 y 875. El artículo 1122 establece que: “Las personas damnificadas por los dependientes o domésticos pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho”. Artículo 1123: “El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia”.

<sup>45</sup> Véase Ivanega, Miriam M., *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, capítulo V.

...tratándose de la prestación del servicio público de registración dominal de bienes, la responsabilidad civil por inexactitudes registrales se asienta, respecto del funcionario registrador, en lo dispuesto por el artículo 1112 del Código Civil cuando ha actuado «en ejercicio de sus funciones», y respecto del Estado organizador del registro, en lo establecido por los artículos 43 y 1113<sup>46</sup> del mismo cuerpo legal (voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).<sup>47</sup>

Ahora bien, no todo daño ocasionado por el funcionario a un tercero da lugar a esta responsabilidad, pues caben las excepciones de la fuerza mayor, la culpa concurrente, la culpa del sujeto dañado y de otro tercero.

## VI. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

### 1. *Introducción*

Esta responsabilidad, también denominada administrativa, traduce el poder disciplinario de la administración y se presenta ante una falta de servicio cometida por el agente en trasgresión a las reglas de la función pública.

La potestad sancionatoria de la administración encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con la administración pública.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Artículo 1113: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”. Artículo 43: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas”, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

<sup>47</sup> *Fallos* 320:1571.

<sup>48</sup> Belasio, Alfredo, *Estabilidad y régimen disciplinario para el empleo público*, Buenos Aires, Ediciones Organización Mora Libros, 1991.

Esta responsabilidad es analizada como

el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la administración.<sup>49</sup>

La Sala V de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal entendió que “las sanciones disciplinarias nacen del poder de supremacía especial que posee la administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial...” (voto del juez Grecco).<sup>50</sup>

Las similitudes y diferencias entre el derecho disciplinario y el derecho penal han llevado a que la doctrina se enrolara en dos posiciones: una considera que el derecho disciplinario forma parte del derecho administrativo, la otra que es un aspecto del derecho penal.<sup>51</sup>

En el análisis de los principios penales y su incidencia en el régimen disciplinario, se ha considerado que la aplicación del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la tipicidad, *legale Iudicium*, y *non bis in idem*, es relativa en el ámbito de este último.<sup>52</sup>

Respecto al primero, se puntualiza que el poder disciplinario se puede ejercer en ausencia de una norma legal formal que tipifique la falta o contemple la sanción, con dos salvedades: si las sanciones se encuentran taxativamente previstas en una norma jurídica, sólo pueden imponerse

<sup>49</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, cit., nota 23.

<sup>50</sup> “Marcos Norma Gladys c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ Empleo Público”, CNCAF, Sala V, causa núm. 17981/97, del 13 de abril de 1998.

<sup>51</sup> Los autores que aceptan el primer criterio son Díez, Fiorini, Comadira. En cambio, se enrolan en la segunda: Marienhoff y Villegas Basavilvaso. Puede verse Marienhoff, Miguel, *op. cit.*, nota 40; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, t. I, pp. 188 y ss.

<sup>52</sup> Comadira, Julio R., *La responsabilidad disciplinaria, y Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

ellas; a lo que se suma que en la aplicación de sanciones como multa o arresto, resulta necesario la determinación de éstas por vía legislativa. A este último supuesto se agregan las sanciones que impliquen la extinción del vínculo entre la administración y el funcionario público, por comprometerse la garantía de estabilidad.<sup>53</sup>

La tipicidad resulta difícil de aplicar en el derecho disciplinario, pues “las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica propia de las figuras penales”.<sup>54</sup>

En el ilícito penal la conducta tipo censurada está definida en forma clara, distinto al ilícito administrativo, en el cual se censura el incumplimiento a un sinnúmero de normas administrativas. Ello no permiten una única tipificación, de ahí que se conforman tipos abiertos: de conducta prohibida es contemplada con amplitud, en forma genérica, y a tono ejemplificativo, que posibilita abarcar mayores supuestos.<sup>55</sup>

En general, las conductas pasibles de sanciones administrativas están contenidas en los estatutos o regímenes que regulan los derechos, deberes y prohibiciones de los agentes públicos, como por ejemplo, en la República Argentina, las leyes núms. 25.164 y 25.188.

Respecto a la instrucción previa de sumario, ésta se constituye en una condición necesaria para el ejercicio del poder sancionatorio, encontrando su justificativo en el derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional. Es indudable que el procedimiento administrativo es en sí mismo el medio más eficaz para ejercer esa garantía, pues a través de él

<sup>53</sup> El Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego tuvo oportunidad de señalar que “como bien señala Marienhoff, no habría inconveniente de orden jurídico objetivo para que una norma establezca la posibilidad de que los jubilados sean pasibles de multas y de arrestos en casos de inconducta que afecten a su calidad de agentes en estado de pasividad (*Tratado...*, t. III-B, Abeledo-Perrot, p. 413). Más, cuando se trata de sanciones graves como las de multa o privación de libertad, de obvia sustancia penal, se requiere que se hallen previamente establecidas en una norma válida. Sin esa norma, la sanción es improcedente (véase Manuel Diez, *Derecho administrativo*, t. III, Plus Ultra, p. 587; E. García de Enterría y T. Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 4ta. ed., Civitas) (del voto del doctor Carranza)”. TSJTierra del Fuego. Causa “Cabrera, Jorge Ramón s/ Recurso de Habeas Corpus”, del 23 de abril de 1997.

<sup>54</sup> Comadira, Julio R., *op. cit.*, nota 49.

<sup>55</sup> Apesteguía, Carlos, *Sumarios administrativos*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000.

se permite comprobar la responsabilidad de un funcionario y su grado de participación en la comisión de la falta administrativa.<sup>56</sup>

En cuanto al principio *non bis in idem*, se entiende que la circunstancia de que un funcionario público resulte sancionado disciplinaria y penalmente por una misma infracción no implica trasgresión a garantía constitucional alguna, dado que la finalidad de una y otra son distintas.<sup>57</sup>

La jurisprudencia coincide con este criterio al entender que la independencia existente entre el régimen disciplinario administrativo y los procesos legales tramitados en la instancia judicial, origina que “las conclusiones alcanzadas en una y otra sede pueden resultar divergentes, dado que se trata de juzgar hechos y conductas mediante la aplicación de distintos regímenes jurídicos”.<sup>58</sup>

Por ello los elementos de convicción reunidos en un sumario administrativo deben apreciarse con criterio de responsabilidad administrativa y no penal. Aunque los actos sean juzgados en la jurisdicción penal o civil, podrían suponerse improbados, atípicos o irrelevantes; condiciones que de ningún modo obligan a una similar solución en el ámbito administrativo.<sup>59</sup>

El artículo 34 de la aludida Ley Marco de Empleo Público expresa, en similar sentido, que

...la substanciación de los sumarios por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal, excepto en aquellos casos en que de la sentencia definitiva surja la configuración de una causal más grave que la sancionada, en tal supuesto se podrá sustituir la medida aplicada por otra de mayor gravedad.

<sup>56</sup> En la República Argentina, por Decreto 467/1999 se aprobó el Reglamento de Investigaciones Administrativas aplicable al personal regido por la Ley 25.164.

<sup>57</sup> Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 51, p. 189.

<sup>58</sup> Causa “Auchterlonie Ronaldo Guillermo c/ COMFER —Resl. 3411/98—”, CNACAF, Sala V, del 15 de septiembre de 1999. En el mismo sentido: causa “Bomparola Miguel c/ Ministerio del Interior”, CNACAF, Sala I, del 4 de julio de 1985.

<sup>59</sup> SCJBA, causas: “Morales, Ignacio Carlos José c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa”, del 20 de noviembre de 1985; “Greco, José L. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa”, del 25 de abril de 1989; “Spina, Domingo Vicente c/ Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial) s/ Demanda contencioso administrativa”, del 27 de diciembre de 2000.

## 2. *Control judicial de la potestad disciplinaria*

La Ley de Empleo Público, núm. 25.264, establece dos medios impugnatorios contra los actos administrativos que imponen sanciones a los agentes públicos:

- 1) La vía impugnatoria normal, que se despliega en sede administrativa y que implica el agotamiento de la instancia correspondiente. Vencidos los plazos de la Ley de Procedimientos Administrativos, se podrá promover la acción contencioso administrativa.
- 2) El recurso directo por ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o las cámaras federales del interior.

Ambas vías son excluyentes.

Es importante destacar que el ejercicio de la potestad sancionadora se traduce en el ejercicio de una actividad administrativa discrecional, ya que si bien la norma determina la falta, las sanciones y el procedimiento, la imputación concreta de la falta, al apreciar la conveniencia de sancionar o no al agente, implica una valoración que cae en la esfera de la discrecionalidad.

Por eso, el alcance del control judicial respecto a la potestad disciplinaria incluye no sólo la regularidad jurídica de las sanciones disciplinarias administrativas, sino también la razonabilidad de las mismas, las cuales pueden ser anuladas cuando los funcionarios incurren en arbitrariedad manifiesta.<sup>60</sup>

Es vasta la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y de la Corte Suprema sobre este tema, en la cual se sostuvo que resulta indispensable la intervención de la justicia ponderando, entre otras cosas, el prudente y razonable ejercicio de las facultades regladas del poder administrador, porque no es admisible una actuación discrecional e irrevisable de aquellas potestades.<sup>61</sup>

El juez para determinar si se violaron los límites jurídicos de la discrecionalidad debe necesariamente revisar el acto, siendo un contrasentido

<sup>60</sup> CSJN, *Fallos* 304:1335, 306:1792, 307:1282.

<sup>61</sup> CSJN, *Fallos* 323:1488, 307:1189; CNCAF, Sala V, causa núm. 7065/99, “Auchterlonie Ronaldo Guillermo”, del 15 de julio de 1999; CNCAF, Sala I, causa 5304/95, “Tonarelli Roberto J. C/ UBA —Res. 330/94—”, del 25 de octubre de 1996.

hablar de la irrevisibilidad de la actividad discrecional administrativa, salvo arbitrariedad, puesto que para determinar la existencia de ésta habrá de revisar el acto.<sup>62</sup>

La Sala I de la Cámara de Apelaciones Federal en lo Contencioso Administrativo, en la causa Sotelo, reiteró la inveterada jurisprudencia del alto tribunal en la materia, referida a que

...si bien es cierto que la atribución jurisdiccional no puede llegar a establecer el control de los jueces sobre cualquier sanción disciplinaria impuesta a los servidores del Estado, ya que es sin duda indispensable que el órgano administrativo cuente con una facultad de libre apreciación de las faltas, corresponde sin embargo admitir que procede la intervención de la justicia cuando se ciñe a investigar si en la imposición de las medidas que se adopten se hizo uso legítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las atribuciones otorgadas. En tal sentido, el control de legalidad supone la debida aplicación por el órgano administrativo de las normas estatutarias, de manera que tanto la descripción como la clasificación de los hechos sea correcta. Y es de buena doctrina que el control de legitimidad se cumpla ponderando, entre otras cosas, el prudente y razonable ejercicio de las facultades regladas del poder administrador, porque no es admisible una actuación discrecional e irrevisable de aquellas potestades (Fallos: 259:266; 262:67).<sup>63</sup>

La causa Solá Roberto y otros c/ Estado Nacional, de 1997, es también un caso paradigmático. Los hechos que originaron la cesantía de los fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas se motivaron en la decisión de éstos de verificar la situación en que se hallaba el hijo del fiscal general Molinas (funcionario de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas), a raíz de lo cual éste solicitó la instrucción de un sumario suspendiendo a los fiscales mientras durase la tramitación. De los resultados de dicho sumario se concluyó que los hechos no configuraban irregularidad que pudiera dar motivo a san-

<sup>62</sup> “Marengo Guillermo Julio c/ Estado Nacional - Ministerio de Acción Social y Salud Pública s/empleo público”, CNCAF, Sala I, 16 de abril de 1998, Revista *El Derecho*, 17 de julio de 1998. Los hechos se relacionan con la situación de un funcionario con cargo de director nacional que fue trasladado a la Unidad Secretario-Subsecretario, y luego dado de baja por razones de servicio, con sustento en la Ley núm. 23.697.

<sup>63</sup> CNCAF, Sala I, causa núm. 35.114/96, “Sotelo, Teresa c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios”, del 7 de julio de 1998.

ción disciplinaria. No obstante ello, se dispuso la cesantía de dichos fiscales —en virtud de la situación de conflicto producida en el ámbito del organismo— por Decreto núm. 260/91.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la nulidad de dicho acto, sentando la “buena doctrina en materia del alcance del control jurisdiccional sobre los actos administrativos”, según lo señala Cassagne en el análisis y comentario de la decisión del supremo tribunal.<sup>64</sup> Mientras la mayoría de los jueces consideraron que el fundamento principal de esa nulidad radicaba en la configuración de un vicio grave en la causa del acto administrativo (junto con el voto del doctor Bossert), la minoría se inclinó por vincular el caso con una violación a la garantía de estabilidad e independencia de los fiscales.

En el voto de la mayoría se analiza que el Decreto —declarado nulo— no invocó hecho concreto de mala conducta ni imputaciones distintas a las invocadas en el sumario en el que se había concluido la inexistencia de irregularidades sancionables. Es en el considerando 15 donde se pone énfasis en la circunstancia de que

...la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco en la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la Ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 307:639).<sup>65</sup>

### *3. Las exigencias éticas y la responsabilidad de los funcionarios públicos*

La responsabilidad disciplinaria se encuentra vinculada con las exigencias éticas que las normas legales y convenciones internacionales imponen.

<sup>64</sup> Cassagne, Juan Carlos, “Una sentencia trascendente de la Corte que declara la nulidad en un decreto del Poder Ejecutivo”, *El Derecho*, 17 de julio de 1998.

<sup>65</sup> *Fallos* 320:2509.

Coincido con el profesor español Rodríguez-Arana Muñoz, que considera que

...la ética pública es, como la ética en sí misma, una ciencia práctica de carácter filosófico. Es ciencia porque el estudio de la ética para la administración pública incluye principios generales y universales sobre la moralidad de los actos humanos realizados por el funcionario público. Y es práctica porque se ocupa fundamentalmente de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública...<sup>66</sup>

Por ello no resulta posible separar entre ética pública y privada, dado que no pueden ser responsables de la conducción de asuntos públicos y no serlo en asuntos particulares, pues la aproximación entre valores públicos y privados es fundamental. Una división entre ambas genera y aumenta una crisis moral general: los principios éticos no permiten diferenciar si el sujeto está o no investido en un cargo. La ética pública o privada vincula a los hombres en su totalidad y sus principios son comunes, aplicables a todas las situaciones.<sup>67</sup>

La ética se presenta como pauta obligada de conducta de los funcionarios públicos, de ahí que en todos los países se hayan dictado normas que consagran principios, obligaciones y sanciones en la materia.

En la República Argentina, el artículo 36 de la Constitución Nacional expresa que “el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

En 1999 se dictó la Ley núm. 25.188 —Ley de Ética de la Función Pública—, modificada por el Decreto núm. 862/2001 (sustituyó los artículos 14 y 15), reglamentada por el Decreto núm. 164/99 —con las modificaciones del Decreto núm. 808/2000— y complementada por varias resoluciones en particular, respecto a las declaraciones juradas patrimoniales a prestar por los funcionarios.

Esta norma establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa,

<sup>66</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime, *Ética na administración pública*, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 1995, pp. 56 y ss.

<sup>67</sup> *Cfr. idem.*

por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Es evidente que el alcance de la Ley núm. 25.188 excede el ámbito de la Ley núm. 25.164, al comprender a todos los agentes públicos sin distinguir el vínculo jurídico, incluso a los miembros del Poder Judicial.

Los deberes y pautas de comportamiento ético a los que están obligados dichos sujetos son:

- a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno.
- b) Desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana.
- c) Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular.
- d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello.
- e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan.
- f) Proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados.
- g) Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa.
- h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.
- i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil.

Según se señaló, otro aspecto relevante que regula la ley es el sistema de presentación de declaraciones juradas patrimoniales integrales, los agentes obligados y el acceso a la información contenida.

## VII. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

### 1. *Argumentos de esta responsabilidad*

He tenido oportunidad de analizar cuál es el principio inspirador de la responsabilidad patrimonial del funcionario en su relación con la administración. Un claro criterio que permite comprender este tipo de responsabilidad entiende que

en la medida en que los actos del funcionario —en virtud de la teoría del órgano— son atribuibles al Estado, éste resulta responsable. Ahora bien, si por un momento recorremos el velo de las muchas ficciones jurídicas que se han dado cita para producir este resultado, habremos de advertir que quien en definitiva hace frente patrimonialmente a estas responsabilidades es la comunidad toda. Son los contribuyentes quienes con sus impuestos colaboran principalmente con el mantenimiento económico del Estado y por ello sufragan —en forma indirecta— los daños producidos por la actividad desarrollada por los funcionarios... La sociedad toda se comporta como una gran compañía de seguros que indemniza los daños ocasionados por los funcionarios públicos.<sup>68</sup>

Es contrario al Estado de derecho, que sustenta la responsabilidad estatal, soslayar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, cuando el damnificado es el erario público. Por ende, se impone como requisito axiológico la exigencia al funcionario de un obrar diligente y coherente, no sólo respecto a terceros sino también frente al Estado mismo, por estar representados aquí los intereses de toda la comunidad. Ello contribuye a revalorizar la función pública, la cual, protagonista de transformaciones y adaptaciones, debe ejercerse siempre en el marco del principio de legalidad.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Bianchi Alberto, "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", *La Ley*, t. 1996-A, p. 930.

<sup>69</sup> Ivanega, Miriam M., "La responsabilidad administrativa-patrimonial de los funcionarios públicos: filosofía, realidad y perspectivas de un tema actual", *Revista Argentina de la Administración Pública*, núm. 211, abril de 1996.

## 2. *Características de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos*

Las particularidades de esta responsabilidad son:

- 1) Su determinación es independiente de las otras responsabilidades en las que puede incurrir el funcionario
- 2) Implica la existencia de un “perjuicio fiscal”, es decir, el daño jurídico, el desmedro patrimonial susceptible de apreciación pecuniaria.<sup>70</sup>
- 3) El interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado.
- 4) Mediante ella se persigue el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado, es decir, restablecer el equilibrio económico cuando éste se ha visto quebrantado.
- 5) El autor del daño es un agente público.
- 6) Según el régimen legal aplicable, puede ser determinada mediante procedimientos administrativos llevados a cabo por órganos de control, como por ejemplo los tribunales de cuentas, contralorías generales o auditorías generales.
- 7) La acción de responsabilidad corresponde al Estado.
- 8) En la República Argentina, a nivel nacional, a partir de 1992, esta responsabilidad debe hacerse efectiva en sede judicial, en cuyo ámbito decidirá si la persona es o no responsable patrimonialmente. A su vez, queda a cargo de la autoridad superior de cada organismo, como ejercicio de facultad discrecional, la decisión que corresponda adoptarse en cuanto a la iniciación de las acciones judiciales contra los funcionarios públicos.

## 3. *Distinción con los otros tipos de responsabilidad*

Como principio, un mismo hecho puede dar lugar al nacimiento de varias responsabilidades, y a su vez el pronunciamiento sobre la inexistencia de una de ellas no es obstáculo para que puedan concurrir las otras.

<sup>70</sup> Cfr. Pérez Colman, Luis J., *Comentarios a la Ley de Contabilidad actualizada al 31/10/87*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1988, p. 263.

La responsabilidad patrimonial es totalmente escindible de la potestad disciplinaria, protegen distintos bienes jurídicos y se aplican por órganos y procedimientos completamente diferentes. La aplicación de una no implica necesariamente la aplicación de la otra, ya que pueden concurrir con total independencia.<sup>71</sup>

Desde otro ángulo, ha de afirmarse que la responsabilidad penal y la patrimonial pueden deslindarse paralelamente, aplicando sus propios procedimientos y ante autoridades judiciales y/o administrativas distintas, sin que ello acarree la trasgresión a garantías constitucionales. No obstante, ambas tiene un estrecho vínculo, ya que estando firme la sentencia penal condenatoria no podría en sede administrativa impugnarse la existencia del hecho principal que constituye el delito y la culpa del condenado.

Aún así, el pronunciamiento absolutorio en sede penal no influye en la resolución de un juicio de responsabilidad, dado que en este caso se debate exclusivamente la responsabilidad patrimonial.

La Sala I de la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que

...la diferenciación sustancial de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial con la penal es la que posibilita su eventual investigación y sanción independiente en relación a un mismo hecho, sin violar el principio constitucional *non bis in idem*. Ello es así porque cada una se refiere a aspectos distintos y complementarios del régimen de la responsabilidad pública, pudiendo configurarse —en forma simultánea o independiente— sanciones disciplinarias —sobre la carrera administrativa del agente, por su incumplimiento laboral— sanciones patrimoniales —con obligación de resarcimiento, por el daño económico producido al organismo—, ambas de carácter contractual y, en su caso, sanciones penales —por la comisión de un delito—. <sup>72</sup>

<sup>71</sup> La Procuración del Tesoro de la Nación ha puntualizado reiteradamente que si el sumario es disciplinario puede tener intervención la Dirección Nacional de Sumarios de la Procuración del Tesoro, si se trata de agentes que revistan en la categoría que habilita su competencia. Por el contrario, al tratarse de la responsabilidad patrimonial, dicha Dirección no interviene por resultar ajeno a su competencia perseguir hechos que han producido perjuicio fiscal. Dictámenes 231:41.

<sup>72</sup> Expediente 27343/1995, “Gendarmería Nacional c/ Montes Jorge Félix s/ Proceso de Conocimiento”, CNACAF, Sala I, 28 de agosto de 2001.

La distinción con la responsabilidad civil no es uniforme, pues en las legislaciones de otros países se contempla la responsabilidad civil a la que aquí entendemos como patrimonial. Para establecer una diferencia, se apunta a que aquélla se refiere a los daños ocasionados por el agente a terceros, es decir a los administrados, situación que no se presenta en la patrimonial, que solamente se relaciona con los daños producidos a los bienes de la administración.

Ambas responsabilidades poseen un objeto resarcitorio, pero sus procedimientos y ámbitos de aplicación son diferentes.

#### 4. *El régimen legal aplicable hasta 1992*

A nivel nacional, la derogada Ley de Contabilidad hacía recaer la responsabilidad administrativa-patrimonial (así la denominaba) sobre la figura del estipendario<sup>73</sup> y exigía la presencia de un deber impuesto al agente en virtud de la relación de función o empleo público.

No se encontraba prevista la figura dolosa, pues ella debía ser declarada judicialmente, surtiendo los efectos de condenas penales.

El deslinde y determinación de estas responsabilidades se llevaba a cabo mediante la instauración del juicio administrativo de responsabilidad, cuya instrucción correspondía al Tribunal de Cuentas de la Nación, órgano de control externo de la hacienda pública.

Previo a dicho procedimiento, debía iniciarse un sumario administrativo a cargo del organismo de quien dependía el presunto responsable u ocurrieron los hechos, o del Tribunal de Cuentas, que podía ordenar su instrucción de oficio, designando un sumariante.

Con excepción de los casos en los cuales la ley presumía la responsabilidad del funcionario, la carga de la prueba correspondía al Estado.<sup>74</sup>

El capítulo XIII de la Ley de Contabilidad fijaba los trámites que debían cumplirse para determinar esta responsabilidad, estando facultado el

<sup>73</sup> El Tribunal de Cuentas de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión sosteniendo que: "Siendo estipendario de la nación quien cobra estipendio en función de un servicio, su responsabilidad nacerá toda vez que se produzca la violación de un deber impuesto anteriormente al agente y siempre que dicha transgresión acontezca durante el cumplimiento de su función o empleo. Dadas estas condiciones, serán de aplicación las normas específicas de la ley de contabilidad, de lo contrario quedará el caso sometido al régimen jurídico general" (JR 43/80).

<sup>74</sup> Tal presunción *iuris tantum* implicaba que los responsables debían demostrar que en su actuar había mediado un obrar diligente.

órgano de control externo para disponer el archivo de las actuaciones sumariales, ordenar su ampliación o formular el cargo correspondiente.

La resolución condenatoria del Tribunal de Cuentas de la Nación revestía el carácter de acto administrativo de naturaleza jurisdiccional, y resultaba impugnabile judicialmente dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 25 de la Ley 19.549 (noventa días hábiles judiciales a contar desde la notificación del acto).<sup>75</sup>

También se establecía que la acción del Estado contra los funcionarios públicos por los daños y perjuicios que éstos le ocasionen, prescribían a los diez años de cometido el hecho que imponga tal responsabilidad.

### *5. La responsabilidad patrimonial en el ámbito nacional a partir de la Ley 24.156*

Con la sanción de la Ley 24.156 se conforma un nuevo sistema de responsabilidad patrimonial.

El artículo 130 de dicha norma dispone que “toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes de responsabilidad patrimonial”.

Se trata de una responsabilidad contractual, subjetiva, que debe ser determinada en sede judicial.

En cuanto a los términos de prescripción, el artículo 131 de la Ley 24.156 contempla que la acción para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y entes sujetos al control de la Auditoría General de la Nación, prescribe de acuerdo a los plazos del Código Civil contados desde la comisión del hecho que generó el daño o producido éste si es posterior.

La Procuración del Estado ha interpretado que, por tratarse de una responsabilidad contractual, corresponde la aplicación del plazo decenal del artículo 4023 del Código Civil.

<sup>75</sup> Fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal del 3 de mayo de 1984, “Pajares, José Demetrio c/Estado Nacional Argentino (Tribunal de Cuentas de la Nación) s/nulidad de resolución”.

Los presupuestos que se reúnen en la responsabilidad patrimonial son:

- 1) *El daño*, que debe ser cierto, es decir, real, efectivo, de forma tal que de no mediar, la víctima se habría hallado en una mejor situación. La denominación común del daño en este tipo de responsabilidad es la de *perjuicio fiscal*. El artículo 130 menciona “daño económico”, es decir, evaluable en dinero, apreciable pecuniariamente.
- 2) *Imputación jurídica del daño*.<sup>76</sup> La imputación es “un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste... la imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido”.<sup>77</sup> Según el artículo 130 de la Ley núm. 24.156, esta responsabilidad es imputable a toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación;
- 3) *Relación de causalidad*. El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Es un elemento objetivo porque se refiere a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.<sup>78</sup> La existencia de una relación causa-efecto entre el hecho y el daño es una condición indispensable para atribuir el deber de resarcir ese daño-responsabilidad a quien lo generó (el Estado o el agente, según el caso).<sup>79</sup> La aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, para calificar que

<sup>76</sup> Perrino Pablo señala en relación con este presupuesto en el caso de la responsabilidad estatal que “recientemente, debido a la aparición de los criterios de imputación de carácter objetivo, se ha modificado la denominación imputabilidad por la de factores de atribución, en tanto ésta engloba además de los subjetivos (como la culpa) a los objetivos (como el riesgo creado, la garantía, etcétera)”. Véase “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Editorial Ciencias de la Administración, mayo de 2001, p. 61.

<sup>77</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, nota 53, p. 383.

<sup>78</sup> Bustamente Alsina, Jorge, “Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad”, *La Ley*, t. 1991-E, p. 1378.

<sup>79</sup> *Cfr.* causa “Compañía de Transporte Río de la Plata c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ daños y perjuicios”, de la Sala II, CCAF, del 1o. de junio de 2000.

un hecho es la causa de un determinado evento dañoso, es preciso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto según la experiencia común para desencadenar el perjuicio. Sólo deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir *per se* el daño.<sup>80</sup>

El criterio reiterado de la Procuración del Tesoro de la Nación ha sido que si la responsabilidad es patrimonial a partir del dictado de la Ley núm. 24.156, es preciso ejercitar una acción judicial (artículos 130 y 131 de la ley citada), cuyo objeto será una pretensión resarcitoria.<sup>81</sup>

Ahora bien, aun cuando existan funcionarios que no son pasibles de estar sometidos a sumario administrativo conforme al Reglamento aprobado por el Decreto núm. 467/99, es viable dirigir contra ellos la acción judicial por responsabilidad patrimonial.<sup>82</sup>

Como previo al dictado del acto conclusivo del sumario administrativo, es necesario el dictamen del servicio jurídico permanente, a fin de que establezca la responsabilidad patrimonial.

El análisis acerca de la conveniencia de promover las acciones judiciales que se pretenden, debe ser adoptada por la autoridad política pertinente, requiriendo previamente la opinión de la respectiva Dirección General de Asuntos Jurídicos del área en que se origina la consulta, sobre la existencia del daño o la posibilidad de adjudicar la responsabilidad por su producción a uno o más agentes.<sup>83</sup>

El servicio jurídico en oportunidad de dictaminar determinará la existencia: *a)* de responsabilidad por parte del personal interviniente, y *b)* de

<sup>80</sup> Perrino, Pablo, "La responsabilidad del Estado pro su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", *El Derecho*, 28 de diciembre de 1999, p. 7.

<sup>81</sup> Dictámenes 231:29. En igual sentido: 231:41, 231:150 y 231:170.

<sup>82</sup> Dictámenes 231:41. El Decreto 467/99 es el Reglamento de Investigaciones Administrativas aplicable al personal comprendido en el régimen jurídico básico de la función pública, al docente comprendido en estatutos especiales, a todo aquel que carezca de un régimen especial en materia de investigaciones, en todas las dependencias de la administración pública nacional en aquellas investigaciones y sumarios que fueren ordenados por el Poder Ejecutivo Nacional, y al personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo celebradas en el marco de la Ley núm. 24.185, que no hayan previsto un régimen especial.

<sup>83</sup> Dictámenes 207:293.

daño económico y estimar su monto; así como aconsejar el procedimiento a seguir e informar sobre la fecha de prescripción de la acción, para lograr en tiempo oportuno el resarcimiento. Con ese dictamen, la autoridad superior deberá adoptar la decisión que mejor corresponda al interés estatal. Ello implica decidir sobre el eventual ejercicio de acciones judiciales.<sup>84</sup>

En el caso de tratarse de un delito perseguible de oficio, “debe formularse la denuncia que impera el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación, aun cuando el agente hubiera ofrecido pagar la indemnización pertinente”.<sup>85</sup>

La autoridad superior de la jurisdicción es la que debe decidir, por circunstancias debidamente meritadas, la promoción de la acción judicial, actividad en la que deberá discernir la existencia de perjuicio y la imputación de responsabilidad al agente, como así también los medios de prueba disponibles para acreditar esas circunstancias en juicio.<sup>86</sup> La decisión de iniciar o proseguir actuaciones judiciales supone la evaluación de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, lo que constituye función ajena a la competencia específicamente jurídica que incumbe a la Procuración del Tesoro.<sup>87</sup>

### VIII. BREVES REFLEXIONES FINALES

Este breve repaso por las responsabilidades de los funcionarios públicos remite a los principios de la función pública y de la organización estatal.

Responsabilizar es un acto de justicia. Un funcionario público se encuentra dotado de un conjunto de potestades, facultades y deberes que no sólo le señalan el marco de su competencia, sino también la esfera y el ámbito de su responsabilidad.

He sostenido que atribuir competencia implica asignar responsabilidad.<sup>88</sup> La competencia que le fue asignada al agente público tiene su co-

<sup>84</sup> Dictámenes 221:102, 233:150.

<sup>85</sup> Dictámenes 207:293.

<sup>86</sup> Dictámenes 207:293.

<sup>87</sup> Dictámenes 221:102.

<sup>88</sup> Ivanega Miriam, Mabel, *Mecanismos...*, *op. cit.*, nota 45.

rrelato: la responsabilidad de ejercerlo dentro del marco legal, asegurando el mejor y más eficiente servicio tendente al logro del bien común.

La responsabilidad que incumbe al agente público y que cabe exigirle no puede ubicarse únicamente en un contexto jurídico formal, pues él está llamado a responder frente a la sociedad.

Como bien lo señala Rodríguez Arana-Muñoz al abordar la responsabilidad patrimonial del Estado,

...la administración pública no es únicamente esa fría máquina de la que nos hablaba Max Weber, que ejecuta fríamente y neutralmente la ley, sino que la administración pública está compuesta por personas que con defectos o virtudes procuran hacer lo mejor que pueden su trabajo y que a veces incurren en dolo, negligencia o culpa en su trabajo cotidiano. Supuestos en los que parece lógico que no responda única y exclusivamente la administración, sino que responda, porque es el causante del daño, el funcionario que actúa en determinado sentido y que provoca una determinada lesión o perjuicio en un derecho o en un bien de un ciudadano.<sup>89</sup>

El llamado Estado de derecho —y mejor, Estado de justicia— haría burla del derecho y de la justicia si se eximiera de responsabilidad a quienes obran por él.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración pública”, *El Derecho*, suplemento *Derecho administrativo*, 28 de junio de 2002.

<sup>90</sup> Bidart Campos, Germán, *El poder*, Buenos Aires, EDIAR, 1985.