

La responsabilidad de los funcionarios públicos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES ESTATALES. CLASIFICACIÓN. 3. RESPONSABILIDADES COMUNES. 3.1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. a) *Su existencia y autonomía. Base legal.* b) *La Ley n.º 24156 de Administración Financiera y Sistemas de Control.* 3.2. RESPONSABILIDAD PENAL. a) *Base legal.* b) *Principales delitos.* 4. RESPONSABILIDADES ESPECIALES. 4.1. RESPONSABILIDAD POLÍTICA. a) *Base legal.* b) *Causales de remoción por responsabilidad política.* 4.2. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. a) *Concepto.* b) *Base legal.* c) *Las conductas que generan la responsabilidad disciplinaria.* d) *El procedimiento disciplinario.* 5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En la dialéctica de prerrogativas y garantías que caracteriza al Derecho Administrativo, la responsabilidad del Estado en general y de los funcionarios públicos en particular se inscribe, a mi criterio, en el listado de estas últimas.

El carácter garantístico del instituto «responsabilidad del Estado» es fácilmente apreciable cuando de la responsabilidad patrimonial se trata, pues es claro que si en el ejercicio de esa vocación imparabile para la acción que la Administración encarna se producen daños resarcibles a los particulares, éstos deben ser indemnizados.

En suma, no es sino la síntesis de la célebre frase de HAURIUO respecto de las posibilidades del Estado: «Que haga, pero que haga dentro de la ley» y «Que haga, pero que indemnice».

Pero no sólo en el ámbito patrimonial la responsabilidad del Estado y de los funcionarios admite ser categorizada como una garantía de los particulares.

Según mi entender, también es una garantía de éstos la existencia de una responsabilidad penal, pues asegura que las violaciones socialmente más graves y relevantes serán objeto de la sanción más severa que la sociedad ha diseñado para las conductas calificadamente antisociales.

Asimismo, la responsabilidad política viene a garantizar que el mal desempeño en las altas magistraturas, la comisión de crímenes comunes o delitos en el ejercicio de las más altas funciones públicas, determinará el apartamiento de quienes así hayan obrado, a través de un procedimiento político.

Por último, la transgresión a las normas —traducida en el incumplimiento de los deberes del cargo y la violación de las conductas prohibidas a los empleados estatales— dispara la ejecución de la responsabilidad administrativo disciplinaria, con la consecuente posibilidad estatal de aplicar sanciones en la relación de empleo público.

En estos últimos casos —responsabilidad penal, política y disciplinaria— parecería que el instituto se aleja de la calidad de «garantía de los particulares», pues éstos no aparecen directamente beneficiados al hacerse efectivas dichas responsabilidades.

Esto, sin embargo, es sólo aparente, pues no puede desconocerse la existencia de un verdadero derecho al desempeño ético de los funcionarios públicos, dado que así lo manda la Constitución al establecer, en el nuevo art. 36¹, el deber del Congreso de dictar un Código de Ética Pública.

Este deber no está entre las atribuciones del Legislador, sino en el nuevo Capítulo de Derechos y Garantías, junto a institutos tales como el amparo y la tutela de los denominados derechos de tercera generación.

Se trata, pues, de un nuevo derecho de los particulares: el derecho al desempeño ético de la función pública.

Se vulnera la ética pública tanto cuando se actúa de modo contrario a la ley penal como cuando se desempeña malamente un cargo político o se violan los deberes y prohibiciones fijados a los empleados estatales.

Así, la responsabilidad de los funcionarios, en sus múltiples manifestaciones, viene a constituir una auténtica garantía de los particulares: garantía de un cumplimiento eficaz y ajustado a la legalidad de los cargos públicos.

¹ A resultas del acuerdo político conocido como «Pacto de Olivos» entre las dos fuerzas partidarias por entonces mayoritarias, la Constitución histórica de 1853 fue modificada en el año 1994, creándose, en lo que aquí interesa, un nuevo Capítulo de Derechos y Garantías en el que se insertó la cláusula en comentario.

Ubicada, pues, la responsabilidad de los funcionarios públicos como una garantía de los particulares, corresponde agregar que esta mirada, si bien correcta desde el punto de vista de la dialéctica entre prerrogativas y garantías bajo la cual el Derecho Administrativo admite ser estudiado, corre el riesgo —no obstante— de resultar parcial.

En efecto, si bien la responsabilidad del Estado y de los funcionarios constituye sustancialmente una **garantía**, no puede esa caracterización hacernos olvidar que el primer interesado en que el principio de legalidad sea cumplido por sus agentes es el propio Estado. De tal modo, la responsabilidad de los funcionarios, al prever la sanción disciplinaria, política, criminal o patrimonial de las conductas contrarias a Derecho, no viene sólo a infligir un mal que, con carácter retributivo o indemnizatorio, se impone al infractor, sino que opera, a la vez, como un **factor preventivo o de disuasión** para todos aquellos agentes públicos que, por las razones que fueren, se sintieren tentados de actuar de modo contrario a Derecho.

En suma, al lado de su carácter de garantía de los particulares, la responsabilidad de los funcionarios es un instituto incardinado a favorecer el justo y eficaz obrar estatal.

Quien no obre con arreglo a la eficacia en la legalidad resultará responsable de las consecuencias disciplinarias, penales, políticas y patrimoniales que ello acarree. Tal es el mensaje transmitido cuando la responsabilidad de los funcionarios se aplica y hace efectiva. Es un mensaje con un auditorio diverso: de un lado, la sociedad en su conjunto reafirma en él la vigencia de las instituciones, pues cuando se sanciona o se obliga a reparar pecuniariamente a quienes han obrado fuera de las normas se está diciendo que quien se aparte de la ley pagará por ello, en tanto condición esencial para cualquier convivencia organizada; de otro, ese mismo mensaje repercute con una tonalidad distinta **puertas adentro** de la organización estatal, pues aquí la sanción lleva la impronta de la advertencia preventiva, ya que parece decir: así les irá a los servidores públicos que incumplan el deber estatal fundamental de someterse a la legalidad.

De allí la importancia de que este basal instituto funcione y lo haga correctamente.

Podemos, en definitiva, concluir que **la responsabilidad de los funcionarios públicos es, a la vez e indisolublemente, tanto garantía de los particulares como de la legalidad.**

Estas apreciaciones previas sirven como marco para lo que será el objeto central de este trabajo. Se me ha confiado, pues, un análisis de la responsabilidad en cuestión en nuestra realidad jurídica, es decir, en el ordenamiento jurídico argentino.

Advertimos ya que responsabilidad implica *responder*, hacerse cargo de lo obrado o de lo omitido. Esa respuesta, ese afrontamiento de las

consecuencias de la conducta realizada, puede sucederse en diversas órbitas.

Así, si la conducta resultó contraria al ordenamiento penal, será la responsabilidad penal la que deberá afrontarse. Si el obrar ha causado daños materiales o de algún modo apreciables pecuniariamente, será la responsabilidad patrimonial. De tratarse de un mal desempeño o delito en las más elevadas magistraturas, corresponderá la responsabilidad política. Por último, si el incorrecto proceder resulta contrario a los deberes y prohibiciones establecidos en las normas que regulan la relación de empleo público, nacerá la responsabilidad disciplinaria.

De todas ellas daremos cuenta seguidamente, aunque, por su inserción dentro del Derecho Administrativo, serán la responsabilidad patrimonial del agente frente al Estado y la administrativo-disciplinaria aquellas sobre las que centremos primordialmente nuestro estudio.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES ESTATALES. CLASIFICACIÓN

Nuestro máximo tribunal federal ha expresado que un Estado de Derecho se caracteriza por reunir en sí cuatro notas esenciales: la existencia de un ordenamiento jurídico; que dicho ordenamiento sea *justo*; que tenga vigencia efectiva, es decir, que se realice *prácticamente*, y que se sancionen las transgresiones al ordenamiento legal².

Pues bien, las vulneraciones al ordenamiento jurídico por parte de los agentes estatales conllevan consecuencias disciplinarias, patrimoniales, políticas o penales, dando nacimiento así a su responsabilidad (deber de responder) en uno o más de uno de esos ámbitos.

La responsabilidad de los funcionarios viene a garantizar, así, que el ordenamiento justo que el Estado de Derecho reclama tenga vigencia efectiva y se realice prácticamente, sancionando a quienes transgreden el bloque de legalidad³.

Cabe recordar que la Constitución consagra, en su artículo primero, la forma de gobierno republicana, siendo una de las características fundamentales de dicha forma de gobierno la responsabilidad de todos aquellos que ejerzan cargos públicos.

Nuestro gran publicista histórico, Juan Bautista ALBERDI —sobre cuyas «Bases» se redactara la Constitución de 1853—, sostuvo en los al-

² Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Fallos, 305:505, «Recchia de Sédran».

³ Como se ha hecho notar, el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social mantuvo incólume la nota del respeto estatal al principio de juridicidad (Julio R. COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 31 y 32).

bores de la organización nacional que «todo el que es depositario o delegatario de una parte de la soberanía popular debe ser responsable de infidelidad o abuso cometido en su ejercicio»⁴.

En suma, la responsabilidad de los agentes públicos constituye uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro Estado de Derecho.

Ahora bien: ¿qué tipos de responsabilidad pueden y deben afrontar los servidores públicos?

Las categorías son cuatro y ya fueron enunciadas: penal, patrimonial, disciplinaria y política.

Con arreglo al universo de servidores estatales alcanzados por cada una de ellas, podemos clasificarlas en responsabilidades comunes a todos los agentes y responsabilidades especiales comprensivas solamente de determinadas categorías o especies de agentes públicos.

Desde este criterio de clasificación, son responsabilidades comunes aquellas que alcanzan a la totalidad de los servidores públicos, sin distinción de poderes, jerarquías o escalafonamientos.

Así, resultan abarcados por esta categoría los empleados públicos y los funcionarios políticos del Poder Ejecutivo Nacional; los empleados, funcionarios y magistrados del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación⁵, y los empleados y legisladores del Poder Legislativo Nacional.

¿Cuáles son estas responsabilidades omnicomprensivas?

Se trata, pues, de las responsabilidades patrimonial y penal.

Por el contrario, las denominadas responsabilidades especiales son las que incluyen en su universo sólo a determinados estratos de los servidores estatales.

En nuestra realidad jurídica, son responsabilidades especiales la política y la disciplinaria.

La primera de ellas, en tanto sólo comprende –en sentido estricto– a los funcionarios susceptibles de juicio político o mecanismo análogo y, en sentido amplio, a todos los agentes estatales excluidos de la responsabilidad disciplinaria (vgr., secretarios y subsecretarios de los ministerios del PEN, autoridades superiores de los entes descentralizados, etc.).

⁴ *Derecho Público Provincial argentino*, La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1971, cap. IV, parágrafo IX.

⁵ Con la reforma constitucional de 1994, el Ministerio Público de la Nación adquirió la calidad de órgano extrapoder (ver Fabián CANDA, *La Fiscalía de Investigaciones Administrativas en la Ley de Ministerio Público*, ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 23-11-98, y «La Fiscalía de Investigaciones Administrativas», en la obra colectiva *Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2003, pp. 739 y ss.) De modo que al lado de la tríada clásica de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial aparece este nuevo órgano, caracterizado como «independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República» (art. 120 CN).

La disciplinaria, contrariamente, ve limitada su órbita de acción a los denominados «empleados públicos», es decir, a aquellos que integran la «planta permanente» de los citados Poderes estatales, con exclusión de los funcionarios políticos antes mencionados.

Nos ocuparemos seguidamente de cada una de ellas.

3. RESPONSABILIDADES COMUNES

3.1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

a) *Su existencia y autonomía. Base legal*

No existe una cláusula constitucional que específicamente se ocupe o aluda a la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales.

Su existencia deriva, pues, de las notas esenciales propias del Estado de Derecho y de la forma de gobierno republicana antes aludidas (art. 1.º CN).

En el plano infraconstitucional, merece puntualizarse que el art. 1112 del Código Civil establece que: «Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título»⁶.

Más allá de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en punto a si la disposición del art. 1112 se refiere a la responsabilidad de los funcionarios y/o a la del Estado, comparto con IVANEGA que resulta filosófica y jurídicamente válido entender que la norma consagra un principio general de responsabilidad⁷.

Por lo demás, si bien se trata de una cláusula inserta en dicho Código de Derecho Privado y que alude a los hechos y omisiones de los funcionarios (no del Estado), no puede ignorarse que desde el caso «Ferrocarril Oeste», del año 1938, la Corte Suprema de Justicia de la

⁶ El Título al que remite es el atinente a «las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos» (Título IX), es decir, los denominados «cuasidelitos». En nuestro Derecho, son cuasidelitos los que derivan de conductas ilícitas (contrarias a Derecho, pero no necesariamente delictivas en sentido criminal) realizadas sin intención de infligir el daño (Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, T. II, *Obligaciones*, 2.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 255). En la nota al pie del art. 1112, el codificador Dalmacio VÉLEZ SARFIELD explicita: «De los jueces y oficiales del Ministerio público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de registros de hipotecas, de los escribanos y procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado», con remisión a la obra de AUBRY y RAU, nota 7. Se desprende de la enunciación efectuada en la nota el carácter amplio del concepto de «funcionario público» al que adhiere el legislador de la Ley n.º 340, sancionatoria del Código Civil (vigente desde el 1.º de enero de 1871).

⁷ Miriam M. IVANEGA, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2003, p. 253.

Nación sostiene en Derecho sus sentencias sobre responsabilidad del Estado en las disposiciones, entre otras, del aludido art. 1112⁸.

Tal principio general permite afirmar, en lo que aquí interesa, que el funcionario público debe responder por sus actos y omisiones tanto frente a los particulares a quienes lesione como frente al propio Estado, cuando de su obrar derive un perjuicio patrimonial a las arcas públicas.

De manera tal que la responsabilidad patrimonial es la que se sucede cuando el accionar del agente público produce daños a terceros ajenos a la Administración (responsabilidad patrimonial civil) o a la propia Administración.

Respecto de los daños a la propia Administración, éstos pueden ser ocasionados directa o indirectamente.

El daño es directo cuando el obrar lesivo incide inmediatamente sobre el patrimonio estatal (vgr., pérdida o rotura de un bien mueble del Estado al cuidado del agente, utilización para fines propios de recursos estatales, etc.).

La lesión es indirecta, en cambio, cuando la conducta dañosa perjudica a terceros a quienes la Administración se ve obligada a indemnizar, reclamando luego al servidor público causante del perjuicio (vgr., errores graves o dolo en la registración de bienes inmuebles que perjudican al verdadero propietario, quien acciona por daños contra el Estado y obtiene una indemnización, iniciando luego la Administración una acción para recuperar lo pagado por la conducta ilícita del agente).

Este tipo de responsabilidad alcanza a la totalidad de los agentes o servidores públicos, sin distinción de jerarquías ni de ubicación en los distintos poderes. Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación⁹ sostuvo que la acción judicial por responsabilidad patrimonial se puede dirigir contra agentes excluidos de los regímenes disciplinarios, es decir, funcionarios políticos¹⁰.

A diferencia de lo que sucede en España¹¹, donde la responsabilidad patrimonial se encuentra diferenciada de la contable (esta última

⁸ En «Ferrocarril Oeste» (LL, 12:122), la Corte fundó la responsabilidad estatal en los arts. 1109, 1112 y 1113 del Código Civil. Más cerca en el tiempo, sólo en el art. 1112 («Vadell», 1984, LL-1985-B-3).

⁹ Pese a su nombre, la mencionada Procuración no guarda relación, en la actualidad, con el Tesoro Nacional. Se trata de un órgano desconcentrado de la Presidencia de la Nación cuyas atribuciones y funciones surgen de la Ley n.º 12954 y que constituye la máxima instancia jurídica dentro de la Administración Pública Nacional. El Procurador del Tesoro cuenta con rango de ministro del Poder Ejecutivo Nacional y se erige en la cabeza del Cuerpo de Abogados del Estado. Sus dictámenes jurídicos –en tanto tales– no son vinculantes para la autoridad administrativa que debe resolver, pero sí son de conocimiento y cita obligatoria por parte de los abogados que integran los servicios jurídicos de la Administración, quienes, no obstante, pueden dejar a salvo su criterio disímil con la opinión de la Procuración.

¹⁰ Dictámenes, 241:494.

¹¹ Cfrme. IVANEGA, *op. cit.*, p. 260.

sólo se sucedería, en aquel país, cuando el perjuicio proviene de quienes manejan dinero o valores, existiendo, inclusive, una jurisdicción específica para su juzgamiento)¹², en nuestro régimen jurídico positivo actual no se diferencian ambas especies¹³.

En tal sentido, debe aclararse que, fuera de la previsión genérica del art. 1112 del Código Civil, en Argentina el instituto en estudio está contemplado en la Ley n.º 24156, de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

No existen, en cambio, previsiones genéricas sobre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios en la Ley de procedimiento administrativo nacional¹⁴, al estilo de la cláusula 145 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública española, que prevé que los particulares exigirán directamente a la Administración las indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados por los agentes a su servicio, así como que la Administración requerirá de oficio a sus dependientes la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento administrativo que corresponda¹⁵.

b) *La Ley n.º 24156, de Administración Financiera y Sistemas de Control*

En el Capítulo III –De la responsabilidad– del Título VII –Del control externo– de la Ley n.º 24156 se alude a la «responsabilidad patrimonial», sin distinciones entre ésta y la contable, configurándose aquélla cuando se haya producido un perjuicio fiscal, entendiendo por tal, con carácter muy amplio, a todo desmedro patrimonial susceptible

¹² Consejeros de Cuentas y Salas de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (cfrme. IVANEGA, *op. cit.*, p. 261).

¹³ IVANEGA distingue con precisión cuáles son las diferencias entre responsabilidad patrimonial y contable, puntualizando luego que la Ley n.º 24156 no previó a esta última (*op. cit.*, p. 267).

¹⁴ El instituto indemnizatorio aparece contemplado –aunque no en lo referido a la responsabilidad patrimonial de los agentes, sino del Estado– en el art. 18 de la Ley de procedimientos, n.º 19549, al establecerse el derecho de la Administración a revocar sus actos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, indemnizando en tal caso los perjuicios que se causaren a los administrados. Por su lado, el Reglamento de la Ley (Decreto n.º 1759/72, t.o. por Decreto n.º 1883/91) dispone que la derogación de los actos de alcance general lo será «sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados» (art. 83).

¹⁵ Disposición normativa de la que cabe concluir que la Administración debe oficiosamente perseguir el cobro de aquello en lo que se hubiere perjudicado respecto de sus funcionarios y empleados (Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 28-6-02).

de apreciación pecuniaria¹⁶, sin importar si éste proviene del manejo de valores, dinero u obedece a cualquier otra causa.

Tampoco existe, cabe aclarar, una instancia jurisdiccional destinada a controlar las antiguas rendiciones de cuentas: verificado el perjuicio patrimonial (con el alcance amplio ya visto), el Estado debe evaluar si inicia, o no, la acción de daños ordinaria contra el agente causante del perjuicio.

En concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial surge básicamente de dos artículos de la Ley n.º 24156.

El primero de éstos –art. 130– 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 especiales de responsabilidad patrimonial».*

Un estudio de la norma permite distinguir en ella los siguientes elementos:

i) Ámbito de aplicación

Es amplísimo, pues abarca a la totalidad de las personas físicas (ciertamente, no hay personas jurídicas en calidad de servidores públicos) que se desempeñan en las entidades y jurisdicciones¹⁷. Por entidades se entiende a «toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio» (es decir, abarca a los denominados «entes des-

¹⁶ Luis J. PÉREZ COLMAN, *Comentarios a la Ley de Contabilidad actualizada al 31-10-87*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1988, p. 263.

¹⁷ El artículo señala que la responsabilidad alcanza a quienes se desempeñen en las entidades y jurisdicciones «sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación». Esta última es el ente de control externo del Sector Público Nacional y depende del Congreso de la Nación, contando con personería jurídica propia e independencia funcional y financiera (art. 116 de la Ley n.º 24156). En lo que aquí interesa, merece destacarse que la competencia de la Auditoría no alcanza al control de gestión de los funcionarios políticos sometidos a juicio político y, respecto del Poder Judicial de la Nación, su intervención dependerá de las modalidades y alcances que determine la CSJN (art. 117 Ley n.º 24156). Ello nos lleva a preguntarnos si, con arreglo a la remisión del art. 130 al art. 117, aquellos funcionarios y este Poder quedan en principio exceptuados de la responsabilidad patrimonial. Considero que una conclusión en tal sentido sería irrazonable, pues ¿cuál sería la razón de excluir a los funcionarios políticos más calificados y a los que se desempeñan en el Poder Judicial de su deber de responder por el perjuicio fiscal que hubieren irrogado? Antes bien, la referencia del art. 130 a las «entidades y jurisdicciones» me lleva a sostener que el legislador hace referencia a los funcionarios comprendidos por el art. 9 de la Ley, en el que, justamente, se define –con criterio muy amplio– el contenido de los conceptos «entidad» y «jurisdicción». Éste es el criterio que parece haber seguido la PTN, al sostener, como ya vimos, que la responsabilidad patrimonial se extiende a los agentes excluidos de los regímenes disciplinarios (Dictámenes 241:494).

centralizados»); mientras que las jurisdicciones comprenden a los Poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y al Ministerio Público (art. 9 de la Ley n.º 24156).

En suma, todo servidor público de cualquiera de los Poderes queda alcanzado por la responsabilidad en cuestión.

ii) Elemento objetivo: el daño económico

Existe daño económico cuando se determina la existencia de un perjuicio fiscal.

Ya hemos definido este concepto como equivalente a daño patrimonial, es decir, a cualquier desmedro susceptible de ser evaluado en dinero, esto es, pasible de apreciación pecuniaria.

Cabe aquí señalar que el daño económico alude a un criterio objetivo, pues apunta a determinar si se produjo, o no, una afección al erario público.

No influye sobre el concepto de «perjuicio fiscal» si dicho daño fue ocasionado con dolo, culpa o negligencia.

El daño económico se produce cuando hay perjuicio fiscal. Lo que no significa que la mera existencia de perjuicio fiscal determine la responsabilidad patrimonial de quien la ocasionara, pues para que ésta se suceda deberán darse cita la totalidad de los requisitos o elementos que estamos estudiando.

iii) Elemento subjetivo

No cualquier conducta productora de un perjuicio fiscal dará lugar a la responsabilidad patrimonial, pues la norma exige que el obrar haya sido doloso, culposo o negligente. Se le adjudica, así, a la intencionalidad y a la culpa del agente carácter necesario para que pueda tenerse por configurada la responsabilidad que nos ocupa.

iv) Elemento funcional

Para que se pueda imputar la responsabilidad patrimonial que trata la Ley, la conducta del agente público deberá haber sido efectuada «en el ejercicio de sus funciones». Por tanto, quedan fuera las conductas que el agente despliegue en su vida privada, aunque no —a mi criterio— aquellas que desarrolle «con ocasión» de la función, por su íntima vinculación con ésta.

La responsabilidad que contempla la Ley n.º 24156 juega con carácter genérico: de existir algún régimen específico de responsabilidad patrimonial al que esté sometido el causante del daño, el principio de especialidad –que la norma recoge– determina que resulte aplicable este último.

La segunda previsión normativa que es menester retener es la del art. 131 de la Ley n.º 24156, que establece que la acción tendente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial prescribe en los plazos fijados por el Código Civil, contados desde la comisión del hecho generador del daño o de producido éste, si es posterior.

Se desprende de la norma que para intentar el recupero del perjuicio sufrido el Estado debe iniciar una acción de daños contra el agente público causante y que la responsabilidad en cuestión prescribe en los plazos que fija el Código de fondo en materia civil.

Toda vez que la relación que existe entre el Estado y el agente público es de naturaleza contractual, el plazo de prescripción es el de diez años (art. 4023)¹⁸, y no el corto de dos años que rige para los supuestos de responsabilidad extracontractual (art. 4037).

Ahora bien: ¿cómo se llega a la determinación de la existencia del perjuicio patrimonial y, en su caso, de la responsabilidad patrimonial?

Al respecto, debe recordarse que el sistema de control del Sector Público Nacional se integra con dos entes abocados, respectivamente, al control interno y externo del Sector Público Nacional. Este último lo ejerce, como ya fuera dicho, la Auditoría General de la Nación, mientras que el primero concierne a la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), entidad descentralizada que constituye el órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional (arts. 96 y 97 de la Ley n.º 24156).

A efectos de detectar y determinar la existencia de perjuicio fiscal y responsabilidad patrimonial, la SIGEN ha elaborado una normativa que debe ser seguida por las entidades y por sus órganos de control –denominados Unidades de Auditoría Interna (UAI)–, por la cual todo acto ilegítimo causante de un daño económico debe ser comunicado en el plazo de 48 horas a la autoridad superior.

En esta labor de detección es fundamental la intervención de las mencionadas Unidades de Auditoría Interna, pues son éstas las que recaban la información relativa a los actos dañosos, debiéndola informar a la SIGEN en un término de 48 horas. Esta última, a su vez, debe informar trimestralmente al Poder Ejecutivo los perjuicios detectados y los procedimientos seguidos para su resarcimiento.

Volviendo al procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez comunicado el daño a la autoridad superior de la entidad, ésta debe

¹⁸ PTN, Dictámenes, 207:293.

solicitar asesoramiento jurídico a fin de determinar si existe tal perjuicio y a cuánto asciende; si hay responsabilidad de los agentes y, en tal caso, cuál debe ser el procedimiento a seguir, especificando la fecha de prescripción de la acción de daños eventualmente a entablar. Luego del dictamen legal, la autoridad superior debe decidir, en tiempo oportuno, el criterio a adoptar.

Si fuera necesario investigar la existencia o no de responsabilidad patrimonial, se hará a través de una información sumaria o sumario administrativo¹⁹ y, una vez confirmada su existencia, se intimará al responsable al pago de la deuda en un plazo de diez días. Si fracasare esta gestión administrativa, se iniciará la acción judicial de daños, a menos que por dictamen jurídico se concluyere que tal acción resultare antieconómica²⁰.

3.2. RESPONSABILIDAD PENAL

a) *Base legal*

Esta responsabilidad reconoce base constitucional, desde el momento mismo en que nadie puede ser «penado» sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Asimismo, tampoco puede persona alguna ser obligada a declarar contra sí misma, siendo inviolable su defensa en juicio. Es también el constituyente el que prohíbe la pena de muerte por razones políticas y dispone que las cárceles serán sanas, limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas (art. 18 CN).

Fuera de ello, surge asimismo de la Constitución histórica el mandato al Congreso para la sanción de un Código Penal de aplicación en todo el territorio nacional (art. 75, inc. 12).

¹⁹ Ello marca un punto de conexión entre la responsabilidad patrimonial y disciplinaria, pues tales procedimientos son los propios del Derecho disciplinario para determinar la responsabilidad de los agentes. De su lado, el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto n.º 467/99, establece entre los deberes del instructor en oportunidad de elevar sus conclusiones (arts. 107 y ss.) el de expedirse acerca de la existencia de perjuicio fiscal, remitiendo, en caso de entender que lo hay, las actuaciones a la SIGEN a fines de su consideración y calificación como de *relevante significación económica*. El *standard* para concretar este concepto indeterminado surge de la normativa complementaria, pues se configura tal relevancia cuando el perjuicio supera el 1% de la asignación presupuestaria aprobada para cada jurisdicción, en la medida en que sea igual o superior a 30.000 dólares (aproximadamente, a marzo de 2004, 10.000 dólares) (Resolución n.º 78/99 SIGEN).

²⁰ Resolución n.º. 67/94 SIGEN. ¿Cuándo es antieconómico iniciar la acción de daños? Cuando la suma a recuperar no supere el 50% de la remuneración básica de un agente del máximo nivel escalafonario de la Administración Central (nivel A) (cfrme. Resolución SIGEN n.º 192/02).

Este tipo de responsabilidad comparte con la patrimonial su aplicación común a la totalidad de los agentes estatales, más allá del poder de pertenencia o de jerarquías, pues todos los servidores públicos son responsables criminalmente.

En razón de los principios que reglan el Derecho Penal, esta responsabilidad se sucederá si y sólo si la conducta desplegada por el agente estatal encuadra precisamente en el tipo penal que se le imputa (tipicidad estricta, por oposición a la atemperada, que, por ejemplo rige en la disciplinaria)²¹.

Son delitos «propios» los de agentes públicos, aquellos que, para configurarse, precisan que sea un funcionario estatal su sujeto activo. En otras palabras, aquellos que sólo pueden ser cometidos por los agentes estatales.

Los «impropios», en cambio, admiten ser realizados también por particulares (p. ej., el fraude en perjuicio de la Administración, la falsificación de documentos, rebelión, etc.).

En nuestro Derecho positivo, el Código Penal se ocupa de los delitos contra la Administración Pública en el Título XI de la Parte Especial, siendo el bien jurídico tutelado el buen funcionamiento de la Administración²².

b) *Principales delitos*

Tres son, en el Derecho comparado y nacional, los delitos clásicos cuyo sujeto activo es el funcionario público: el cohecho (vulgarmente denominado soborno), la malversación de caudales (quedarse el agente con el dinero administrado o darle un destino diferente) y el abuso de autoridad (dictar actos contrarios a las leyes o a la Constitución).

En Argentina cabe sumar —siendo el país pionero en su regulación penal²³— el delito de enriquecimiento ilícito, por el cual se incrimina el dato fáctico del incremento patrimonial del funcionario que no resulte susceptible de justificación por vía de los ingresos declarados.²⁴

²¹ Mientras el Derecho Penal describe conductas a través de figuras legales, éstas son reemplazadas, en el ámbito del Derecho disciplinario, por preceptos de carácter general (Carlos FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, 15ª ed., Buenos Aires, 1995, p. 36, al anotar la posición de MAYER y SOLER).

²² Coinciden al respecto, con matices, Carlos CREUS, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 1981, p. 4; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, pp. 803-804; Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, T. V., Buenos Aires, 1946, p. 100.

²³ Art. 268, inc. 2, del CP.

²⁴ Para un estudio crítico de la figura en nuestro Derecho, ver Marcelo SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Buenos Aires, 1.ª ed., 1994.

Dentro de los enunciados delitos, el de abuso de autoridad (art. 248 del CP) constituye una figura que debiera ser la más eficaz para combatir el comportamiento corrupto, ya que todo propósito corrupto suele traducirse en un delito de prevaricación²⁵.

¿Cómo está regulado este arquetípico delito en nuestro ordenamiento?

La norma pena con prisión de hasta dos años e inhabilitación especial por el doble de tiempo al funcionario que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere (art. 248 CP).

La alusión a «resoluciones u órdenes» nos lleva a pensar que mientras que las primeras se refieren a todo acto administrativo que exprese la voluntad estatal, las segundas aluden al mandato de ejecución concreta o puesta en práctica de tales actos, es decir, a la orden de ejecutoriedad del acto que contempla, en nuestro Derecho positivo, el art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos²⁶.

¿Cuándo tales actos resultan *típicamente* contrarios a la Constitución o leyes?

Adviértase la importancia de la cuestión pues, desde un punto de vista amplio, *todo* acto ilegítimo resulta violatorio del ordenamiento jurídico. ¿Será delictivo, por tanto, cualquier acto que vulnere la ley o la Constitución?

Según mi criterio, el adjetivo «contrario» debe ser entendido en sentido estricto, esto es, como opuesto o repugnante a la ley o Constitución. En otras palabras, la conducta debe *chocar frontalmente* con dichas altas fuentes normativas.

Se trata, mirando la cuestión desde el Derecho Administrativo, de un acto dictado en violación de la ley aplicable art. 14, inc. b), de la Ley de Procedimientos—, o sea, de un acto que padece un vicio en el objeto art. 7, inc. c), de la Ley de Procedimientos.

Para que se configure el delito, lo resuelto deberá ser contrario (repugnante, opuesto) a la ley o la Constitución; esto es, un acto que exhiba un vicio gravísimo en el elemento objeto.

Cuando el art. 248 CP se refiere a actos contrarios a la Constitución o la ley: ¿se alude a la ley con carácter formal o material?

La jurisprudencia no es unívoca al respecto²⁷. Por mi parte, considero que corresponde efectuar una interpretación estricta, pues cuando

²⁵ Alfonso SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, 1991, pp. 73-74.

²⁶ Ver, en la doctrina penal, CREUS, *op. cit.*, p. 190; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, *Parte Especial*, p. 839; SOLER, *op. cit.*, T. V, p. 158.

²⁷ Interpretando al artículo con carácter estricto (ley = a ley formal), CN Apelaciones Criminal y Correccional Federal, Sala 2, «Terrile», 11-2-86; Sala I, «Doval», 30-6-88, y «Pe-

el legislador penal quiso aludir genéricamente a actos de alcance general utilizó otra terminología (vgr., reglamentos u ordenanzas, art. 77 CP) y, además, tratándose de una disposición que limita derechos, debe ser interpretada con carácter estricto, vedándose toda hermenéutica de tipo extensivo. Por último, al acotar así la figura se ayuda a su distinción con la mera irregularidad administrativa, que, como es sabido, se configura ante toda violación del ordenamiento jurídico.

Por último, creo conveniente señalar —por su incidencia como delito de los funcionarios— que el art. 248 contempla el «abuso omisivo», que se sucede cuando el agente no ejecuta las leyes cuyo cumplimiento le incumbe.

Esta conducta punible no es fácilmente distinguible de otra figura penal: la de la violación de deberes²⁸.

Entiendo que la distinción radica en que en el abuso de autoridad (art. 248 CP) se reprime la omisión de deberes expresamente establecidos por la ley, mientras que en la violación de deberes (art. 249) sólo se exige el incumplimiento de deberes impuestos al funcionario por normas de jerarquía inferior a la ley formal.

Para que se configure el abuso o la violación de deberes, considero que éstos deben estar expresa y concretamente dispuestos en la normativa que regula el desempeño del funcionario²⁹.

En suma, como en todo Occidente, nuestro Derecho Penal representa la última respuesta o *ratio* que la sociedad preserva ante conductas claramente antisociales.

La sensación de inseguridad o la desazón ante el fenómeno de la corrupción parecerían indicar cierta vetustez del liminar principio de intervención penal mínima y exigir respuestas imaginativas para el combate de estos flagelos.

En tal orden, nuestro país es signatario de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su art. III, Medidas preventivas, insta a la creación, conservación y fortalecimiento de organismos y herramientas alternativas a la mera respuesta penal ante el fenómeno de la corrupción administrativa.

Al respecto, y como pondré de relieve luego, tengo para mí que el Derecho Administrativo disciplinario tiene un rol relevante que cum-

razo», 23-3-88. A favor de una interpretación amplia: Cámara de Apelaciones en lo Penal de Córdoba, «Herrero», 18-3-94.

²⁸ Art. 249 del CP, en el que se pune a quien ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

²⁹ Puede ampliarse en mi artículo «La responsabilidad penal de los agentes de la Administración Pública», en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 617-634.

plir en materia de prevención de los ilícitos administrativos y saneamiento de la Administración.

4. RESPONSABILIDADES ESPECIALES

Recordemos que las calificamos así porque no alcanzan a la totalidad de los servidores públicos, sino a determinadas especies de éstos.

Se agrupan aquí dos tipos de responsabilidades: la política y la disciplinaria.

4.1. RESPONSABILIDAD POLÍTICA

a) *Base legal*

Este tipo de responsabilidad atañe a funcionarios que se desempeñan en las más altas magistraturas y se hace efectiva, en la actualidad, mediante dos tipos de procedimientos políticos, uno –clásico– es el juicio político; el otro –incorporado por la reforma a la Constitución de 1994– es el seguido por el Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento respecto de los magistrados federales inferiores (jueces de Cámara y de primera instancia) del Poder Judicial de la Nación.

En el caso del juicio político, resultan alcanzados por este mecanismo el Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete y Ministros y –fuera del Poder Ejecutivo– los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 53, 59 y 60 CN)³⁰.

Las causales para dicha remoción son también explicitadas por el constituyente: mal desempeño, delito en el ejercicio de las funciones o crímenes comunes (art. 53 cit.)

Con lo dicho queda claro que la responsabilidad política en sentido estricto reconoce raigambre constitucional, tratándose de una responsabilidad que atiende a problemas políticos que son juzgados, a la vez, por cuerpos políticos (Cámara de Diputados, en el rol acusador, y Senado de la Nación, en calidad de juez).

El mecanismo para ejercitarla, en este caso, es el del juicio político, instituto que tiene por fin impedir que un mal funcionario permanezca en el cargo³¹. Se busca, por su intermedio, la protección de los intereses

³⁰ La Ley de Ministerio Público de la nación establece en su art. 18 que también serán objeto de juicio político los titulares del Ministerio Público de la Defensa y Fiscal (Defensor General y Procurador General de la Nación, respectivamente). En relación con el tema, la Corte ha sostenido –con anterioridad a la reforma constitucional de 1994– en el caso «Molinas» (Fallos, 314:1091) que no se podía ampliar por vía legal el número de alcanzados por el juicio político, quedando éste limitado a quienes indica la Constitución.

³¹ Manuel MONTES DE OCA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1903, T. II, p. 223.

públicos contra el peligro de abuso de poder o conducta incompatible con la dignidad de la función³², procediéndose, en su caso, a la revocación del mandato³³. Su finalidad no es castigar, sino separar al funcionario, agotándose su objetivo con la segregación del agente, sin juzgar su conducta como delictiva, sino como inconveniente para el Estado³⁴.

Se trata, en suma, de un «procedimiento político, con propósitos políticos, que está fundado en culpas políticas, cuya consideración incumbe a un cuerpo político y subordinado a un juzgamiento político tan sólo»³⁵.

Luego de la reforma constitucional de 1994, se estableció como procedimiento de remoción de los jueces federales inferiores (primera instancia y Cámara) el procedimiento de jury de enjuiciamiento, a cargo de un órgano acusador –el Consejo de la Magistratura de la Nación (art. 114 CN), integrado equilibradamente por representantes del sector político y de los sectores vinculados a la prestación de justicia (jueces y abogados)³⁶– y otro en el rol de juez –el Tribunal de Enjuiciamiento (art. 115 CN)–. Las causales de remoción son las del ya citado art. 53 CN (cfrme. remisión del art. 115), circunstancia que permite afirmar que se trata, en esencia, de un proceso por el cual se hace efectiva la responsabilidad política de tales magistrados.

b) *Causales de remoción por responsabilidad política*

Recordemos tales causales, comunes al juicio político del art. 53 y al procedimiento de enjuiciamiento de los arts. 114 y 115: mal desempeño, delito en el ejercicio de las funciones o crímenes comunes.

El delito –en los términos del art. 53 de la CN– es la conducta delictiva cometida «en el ejercicio de las funciones», mientras que los «crímenes» son aquellos actos contrarios al ordenamiento penal ajenos al desarrollo de la función pública. En el caso de los crímenes, debe tratarse, pues, de delitos gravísimos, ya que en la época de redacción del artículo –reforma constitucional de 1860– se distinguían las conductas

³² Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1971, 26.^a ed., p. 504.

³³ Rafael BIELSA, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1958, p. 278.

³⁴ Germán BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires, T. I, p. 380.

³⁵ Juan GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1931, T. III, p. 359.

³⁶ Julio R. COMADIRA y Fabián O. CANDA, «El Consejo de la Magistratura: órgano de garantía del Poder Judicial», *Revista Argentina del Régimen Jurídico de la Administración Pública*, n.º 210, año 1996, pp. 5-35.

contrarias a derechos en criminales, delictivas y contravencionales, según su gravedad.

Sin dudas, la causal que mayores debates genera es la de «mal desempeño», pues ¿cuándo se configura éste?

En la doctrina constitucional clásica, el mal desempeño fue traducido como un perjuicio al servicio público, una deshonra al país o a la investidura pública³⁷, que involucra una falta de idoneidad profesional, técnica o moral³⁸.

Más allá de las elaboraciones doctrinarias, lo cierto es que el juicio político se ha mostrado como un instituto de dudosa utilidad a la hora de responsabilizar a determinados funcionarios, en particular a las máximas autoridades del PEN, pues en la vida institucional del país no ha habido un solo caso de acusación ante el Senado de un presidente, vice o ministro³⁹.

Si bien en sentido estricto la responsabilidad política es la que se ejercita a través de un procedimiento de remoción también político (sea juicio político o proceso de enjuiciamiento), no lo es menos que ciertos funcionarios del PEN, ajenos a tales procedimientos, tienen también responsabilidad política, desde el momento mismo en que desempeñan cargos extraescalafonarios de naturaleza política y no cuentan con la estabilidad en el empleo propia del agente de la planta permanente, según la garantía que surge del art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Estos funcionarios políticos (vgr., secretarios y subsecretarios de los ministerios, autoridades superiores de entidades descentralizadas) cesan en sus cargos de modo automático cuando termina la gestión del funcionario de mayor rango que los ha designado (vgr., Ministro, Jefe de Gabinete, Presidente) o cuando éste les retira la confianza, esencial para el desempeño de tales elevadas funciones.

Su situación, en el plano de la responsabilidad, no está exenta de peculiaridades pues, además de ser ajenos al juicio político, también lo son respecto del Derecho disciplinario. Sólo excepcionalmente –cuando el Presidente así lo requiera– podrán ser objeto de investigación administrativo-disciplinaria⁴⁰.

³⁷ GONZÁLEZ CALDERÓN, *op. cit.*, T. III, pp. 346-347.

³⁸ Rafael BIELSA, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1958, p. 483.

³⁹ Fabián CANDA, *Responsabilidad administrativo disciplinaria de los ministros del Poder Ejecutivo Nacional*, en el Anuario de Derecho n.º 2 de la Universidad Austral, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 167 y ss.

⁴⁰ PTN, Dictámenes, 245:87, entre muchos otros (Dictámenes, 233:156, 203, 386; 234:588; 241:494; 242:64). Nos hemos expresado a favor de la extensión de la responsabilidad disciplinaria a los funcionarios políticos en *Responsabilidad administrativo-disciplinaria...*, *op. cit.*

4.2. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

a) *Concepto*

La responsabilidad disciplinaria ha sido definida 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 Pública»⁴¹.

El bien jurídico tutelado en este tipo de responsabilidad es, en palabras de la Corte, «el debido funcionamiento de los servicios administrativos», y para que ella se configure será menester que el agente «cometa una falta de servicio, transgrediendo reglas propias de la función pública»⁴².

b) *Base legal*

Del texto de la Constitución no se desprende, explícitamente, que compete al Poder Ejecutivo el ejercicio del poder disciplinario.

Sin embargo, tal potestad deriva implícitamente de la calidad de Jefe supremo de la Nación y responsable político de la Administración General del país con que la Constitución inviste al Presidente (art. 99, inc. 1), toda vez que si éste es el jefe de la Administración va de suyo que habrá de contar con facultades inherentes como para organizarla y garantizar cierto orden interno que haga posible su correcto funcionamiento⁴³.

De otro lado, asiste al Presidente la facultad de remoción de los empleados de la Administración cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma por la Constitución (art. 99, inc. 7), sin que pueda obviarse que la remoción, en tanto ruptura del vínculo de empleo, constituye la máxima sanción aplicable a un agente público.

En similar orden de ideas, el art. 99, inc. 17, de la CN faculta al Presidente para pedir a sus dependientes –por intermedio del Jefe de Ga-

⁴¹ Julio R. COMADIRA, «La responsabilidad disciplinaria del funcionario público», en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, op. cit., pp. 589 y ss.

⁴² CSJN, «Aires», Fallos, 319:1034.

⁴³ La potestad sancionatoria es inherente a la Administración Pública y aparece un mínimo de autoridad jerárquica autónoma (CSJN, Fallos, 250:418 y 258:92).

binete y los ministros— «los informes que crea convenientes y ellos están obligados a darlos».

Este requerimiento de informes implica el deber de los agentes de dar al Presidente cuenta de lo actuado, quedando, en su caso, comprometida la responsabilidad disciplinaria cuando se hizo algo contrario a la norma o se omitió obrar existiendo el deber de hacerlo.

Por lo demás, el Derecho disciplinario viene a indagar si el agente cuya conducta se cuestiona conserva, o no, la necesaria idoneidad que la Constitución exige para desempeñar todo cargo público (art. 16).

La pérdida de la mentada idoneidad es causal, ciertamente, para la ruptura del vínculo de empleo. Dicha pérdida de la idoneidad debe ser, sin embargo, demostrada por la Administración por medio de una investigación disciplinaria, pues de otra manera no sería posible avanzar sobre la *estabilidad* de la que gozan los empleados públicos que revistan en la planta permanente de la Administración⁴⁴. Tal estabilidad está asegurada por la Constitución (art. 14 bis) y constituye la gran garantía del empleado público en el marco del contrato de empleo. Según ésta, el agente no puede ser removido sino a través de acreditadas causales de incorrecto desempeño (sanciones disciplinarias) o por reestructuraciones orgánicas que impliquen la desaparición del cargo y la función (régimen de disponibilidad legalmente establecido).

La estabilidad del empleado público, así consagrada constitucionalmente, viene a erigirse, de tal modo, en un escollo insuperable para toda pretensión desconocedora del derecho relativo del empleado al mantenimiento del cargo, aventando toda posibilidad —en el marco de la juridicidad— de llegar a tal desconocimiento mediante institutos tales como el de la *laboralización* del empleo público.

Asimismo, siendo la estabilidad en el cargo el derecho por antonomasia del empleado público, toda restricción a ésta deberá surgir de la ley formal, pues, según preceptúa nuestra Constitución, los derechos se gozan «conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio» (art. 14 CN). De manera tal que el régimen disciplinario, que viene a reglamentar dicha estabilidad, debe surgir de una ley formal del Congreso, que, en la órbita nacional, es en la actualidad la Ley n.º 25164, Marco de Regulación del Empleo Público.

No puede obviarse, tampoco, que la reforma constitucional de 1994 vino a incorporar, en el Capítulo de Nuevos Derechos y Garantías, un mandato al legislador para la sanción de un Código de Ética Pública, el que fuera sancionado recién a fines de 1999 como Ley n.º 25188, de Ética Pública.

⁴⁴ Quedan fuera de la estabilidad los funcionarios políticos en sentido amplio (es decir, los ajenos a los regímenes estatutarios o convenios colectivos de trabajo, los contratados y el personal de gabinete; los alcanzados son los empleados escalafonados de las plantas permanentes).

Esta previsión de la ética pública dentro de los derechos y garantías me convence de que estamos frente a un nuevo derecho de los habitantes: el derecho a un desempeño ético por parte de los agentes públicos⁴⁵.

c) *Las conductas que generan la responsabilidad disciplinaria*

La responsabilidad disciplinaria se sucede cuando el empleado público vulnera los deberes que la norma le impone como un hacer o violenta las prohibiciones que la ley preceptúa como conductas vedadas (para los agentes del PEN, arts. 23 y 24 de la Ley n.º 25164 y Arts. 33 y 34 del Convenio Colectivo General para la Administración, homologado por Decreto n.º 66/99).

Es ejemplo arquetípico del deber de hacer del empleado su obligación de prestar el servicio personal y eficientemente art. 23, inc. a), de la Ley n.º 25164 y de prohibición de hacer, el no colocarse en situación de conflicto de interés art. 24, inc. b), de la misma Ley.

Dichos deberes y prohibiciones se integran, además, con las previsiones de la Ley de Ética Pública en materia de deberes y pautas de comportamiento ético, régimen de declaraciones juradas, incompatibilidades y conflictos de intereses y obsequios a funcionarios públicos⁴⁶.

Las deberes y prohibiciones cuya vulneración da lugar a la responsabilidad disciplinaria están descritos en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público de una manera ciertamente más amplia y abierta que los clásicos «tipos penales».

Puede así afirmarse, pues, que el principio de tipicidad, propio del Derecho Penal, es de recibo en el Derecho disciplinario con importantes matices, pues la conducta administrativa, en su heterogeneidad y complejidad, es muy difícil de describir con la precisión de los ilícitos penales. Ello no obstante, los deberes y prohibiciones deben encontrarse de algún modo descritos y acotados, pues lo contrario implicaría exigir del empleado que haga o deje de hacer algo nunca definido ni precisado, es decir, un imposible.

Las sanciones susceptibles de ser aplicadas son las de apercibimiento, suspensión, cesantía y exoneración.

Estas dos últimas son segretativas y se diferencian en que el período de rehabilitación para volver a ejercer un cargo público es, en el caso de la cesantía, de dos años y, en el de la exoneración, cuatro (arts. 32 y 33

⁴⁵ Así lo sostuve en *El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)*, ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 1-12-03.

⁴⁶ Capítulos II, III, V y VI de la Ley de Ética Pública.

in fine de la Ley n.º 25164). Además, la exoneración —que procede ante inconductas más graves— implica la pérdida de la totalidad de los cargos públicos que el agente pudiere estar desempeñando.

La Ley contempla plazos de prescripción de las sanciones, que varían según el tipo de pena a aplicar. En el caso del apercibimiento y la suspensión, la pena prescribe a los seis meses; cuando se trate de la causal de cesantía, un año, y siendo causales que den lugar a la exoneración, dos años, siempre contabilizados del momento de comisión de la falta⁴⁷.

Merece señalarse que la PTN ha sostenido, *obiter dictum*, que los plazos de prescripción de las sanciones de apercibimiento, suspensión y cesantía fijados por la Ley n.º 25164 resultaban exiguos, aniquilando inconstitucionalmente en su estrechez la potestad disciplinaria del PEN⁴⁸.

d) *El procedimiento disciplinario*

Como regla, la aplicación de las sanciones disciplinarias debe venir precedida de una investigación en la cual el agente imputado haya tenido adecuadas posibilidades de ser oído y de ofrecer y producir y prueba, toda vez que rige en el procedimiento administrativo disciplinario el principio general del debido procedimiento previo⁴⁹.

No es necesaria dicha investigación cuando la sanción a aplicar sea la de apercibimiento o suspensión hasta cinco días⁵⁰.

Esta investigación recibe el nombre de sumario administrativo y, para el personal de la Administración Pública Nacional, su régimen surge del Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por Decreto n.º 467/99.

La Ley Marco n.º 25164 estableció que el procedimiento disciplinario deberá garantizar el derecho de defensa en juicio «y establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis meses de cometido el hecho o la conducta imputada» (art. 38).

Según esta norma, entonces, dentro de los seis meses de cometido el hecho la Administración deberá iniciar el procedimiento, tramitarlo y aplicar la sanción que corresponda.

⁴⁷ Para el personal de la Administración, LMREP n.º 25164, art.37.

⁴⁸ Dictámenes, 243:620.

⁴⁹ LMREP n.º 25164, art. 29.

⁵⁰ LMREP n.º 25164, art. 35.

La norma es irrazonable, pues la pretensión de que la irregularidad sea detectada, investigada y sancionada dentro de los seis meses de producida es quimérica.

Coincido con la PTN cuando sostiene que se trata de una previsión inconstitucional por cercenar la potestad disciplinaria de la Administración e impedir el ejercicio de una facultad inherente al Poder administrador otorgada por la Constitución, como es la de remover a sus empleados⁵¹.

Pese a que el procedimiento viene a concretar, en la faz disciplinaria, el derecho de defensa del agente que consagra en general la Constitución para todos los particulares (art. 18), la Procuración del Tesoro no ha seguido un criterio uniforme respecto de la posibilidad de subsanar, o no, vicios en dicho procedimiento comprobados durante la tramitación del sumario.

En algunos casos sostuvo que las deficiencias vinculadas con garantías y derechos propios del procedimiento sumarial resultaban irrelevantes, pues el interesado había tenido oportunidad de ejercer ampliamente su derecho de defensa durante la tramitación de un recurso interpuesto posteriormente⁵². Inclusive, ha expresado que al haberse afectado el derecho de defensa el defecto provocaba la nulidad absoluta, por lo que correspondía «subsanar» esa deficiencia confiriéndole una nueva vista al agraviado. Es decir: la subsanación de la nulidad absoluta⁵³.

Con criterio opuesto, expresó en su oportunidad que la omisión de conferir al sumariado vista de la requisitoria, aun cuando se solicitare la exención de responsabilidad, provocaba un cercenamiento a la defensa en juicio que no era posible subsanar, resultando nulos los actos posteriores⁵⁴.

Esta última es, a nuestro juicio, la doctrina correcta⁵⁵.

5. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

En todo Estado de Derecho, y el argentino lo es, los agentes estatales responden por su desempeño.

⁵¹ Dictámenes, 242:626 y 243:349.

⁵² Dictámenes, 237:323.

⁵³ Dictámenes, 213:248.

⁵⁴ Dictámenes, 197:11.

⁵⁵ Fabián CANDA, *La cesantía del empleado público y el debido procedimiento previo (la teoría de la subsanación en sendos fallos de la SCBA y de la CNACAF)*, ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 31-10-00.

Dicha responsabilidad constituye, en el marco de la coordinada coexistencia de prerrogativas y garantías que el Derecho Administrativo encarna, tanto una garantía de los particulares como una garantía de la legalidad, pues no sólo aquéllos tienen interés en que el desempeño de los servidores públicos lo sea conforme a Derecho, sino que ésta debe ser, en sí, la primera preocupación del propio Estado empleador, si guarda aspiraciones reales de cumplir con su cometido primero de sometimiento a la juridicidad.

En el Derecho argentino, cuatro son las responsabilidades que afrontan los agentes estatales: la patrimonial y penal (a las que se somete la totalidad de ellos) y la política y disciplinaria (que comprende a determinados agentes y funcionarios, resultando —desde el punto de vista del universo de agentes alcanzados— prácticamente complementarias).

De las citadas categorías de responsabilidad, la penal y la política surgen de modo explícito de la Constitución, mientras que la patrimonial y la disciplinaria se desprenden, implícitamente, de diversas cláusulas constitucionales que analizamos al estudiar cada una de ellas.

La responsabilidad patrimonial del agente o servidor público lo es tanto frente al particular cuya esfera de intereses hubiere dañado como frente al Estado. En este último supuesto, el daño infligido al patrimonio estatal pudo provenir tanto de una conducta directamente lesiva del erario como de una conducta lesiva de los intereses de un particular al que el Estado debió indemnizar, persiguiendo, luego, la recuperación de lo pagado mediante una acción de daños dirigida contra su dependiente.

La responsabilidad penal de los agentes estatales se manifiesta en aquellos delitos que lo tienen por sujeto activo, entre los que destacan, en nuestra realidad jurídica, el cohecho, la malversación de caudales, el abuso de autoridad y el enriquecimiento ilícito.

De todos ellos, el que más posibilidades parece detentar para colaborar —desde el principio de intervención penal mínima— en la lucha contra el flagelo de la corrupción es el de abuso de autoridad, que se configura ante el dictado de resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o las leyes. Sin embargo, en los hechos, el Derecho Penal se ha manifestado insuficiente para la persecución de este fenómeno negativo cuya entidad, en los tiempos que corren, parece no registrar precedentes.

Ciertos funcionarios de las más altas magistraturas se encuentran alcanzados por un tipo de responsabilidad específica, que es la política. Ésta se concreta a través de mecanismos de juzgamiento especiales que, según los funcionarios involucrados, son el juicio político y el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados inferiores.

Al lado de estos funcionarios convive otra especie de funcionarios políticos que no se ven comprendidos por tales procesos políticos para su remoción, pese a que tienen responsabilidad política (vgr., secretarios y subsecretarios de ministerios, autoridades superiores de entidades descentralizadas). Paradójicamente, estos agentes también están por regla excluidos de la responsabilidad disciplinaria, por lo que, en esta materia, habitan un limbo del que se hace muy difícil sacarlos para que afronten las consecuencias de su desempeño.

La responsabilidad disciplinaria es la que surge cuando, en el marco de la relación de empleo público, los agentes de planta vulneran los deberes y prohibiciones legalmente establecidos.

Se hace efectiva, como regla, a través de un procedimiento disciplinario conocido como «sumario administrativo», cuyas conclusiones, en caso de haberse demostrado un incumplimiento grave, servirán de base para la aplicación de una sanción segregativa que implicará la pérdida del empleo y, con ello, del derecho a la estabilidad en el empleo público.

En el Derecho argentino, la estabilidad o derecho del empleado público a la conservación del cargo mientras dure su buena conducta se halla establecida constitucionalmente, de allí la importancia de la adecuada regulación de la investigación disciplinaria como procedimiento para determinar si el agente ha perdido la idoneidad que la Constitución, asimismo, reclama para ocupar todo empleo.

En suma, las herramientas legales —cuyo estudio específico compete al Derecho Constitucional, Penal y Administrativo, según el caso— están dadas en nuestra realidad jurídica.

Queda pendiente, sin embargo, una adecuada utilización de éstas, de modo de volver realidad el carácter garantístico de la responsabilidad de los funcionarios, pues no nos es ajeno que, si bien existe una responsabilidad patrimonial, son raros los casos en los que el Estado decide perseguir a aquellos agentes que, con su obrar, le han irrogado directa o indirectamente perjuicios al patrimonio público; si bien contamos con un Código Penal que contempla específicamente los delitos contra la Administración, éste se ha revelado insuficiente para combatir la corrupción; asimismo, aunque esté prevista la responsabilidad política, al menos en una de sus manifestaciones —juicio político a las más altas autoridades del Poder Ejecutivo—, nunca ha sido efectivizada, pese a las dramáticas y extremas vicisitudes político-económicas que el país ha sufrido a lo largo de su historia, y, por último, no obstante estar regulada la responsabilidad disciplinaria, en los hechos las áreas encargadas de su concreta aplicación se debaten en una realidad en la que conviven la desjerarquización, la falta de medios y de adecuada capacitación, así como la falta de voluntad política para adoptar las medidas básicas útiles para revertir tal estado de cosas (vgr., un sistema justo de

premios y castigos, que comience por el establecimiento de pautas de selección y progreso conforme a criterios objetivos de mérito y capacidad; la creación de un registro único de sancionados; etc.).

A nadie escapa que un sistema de responsabilidad que funcione correctamente desalienta la conducta indolente o despreocupada —cuando no dolosa—, premiando, por el contrario, la contracción al ejercicio de la función y al cumplimiento de la ley bajo pautas de eficacia.

Más allá de las disciplinas jurídicas comprendidas, entiendo que el estudio y debate de estas cuestiones debe efectuarse conforme a pautas comunes y con un criterio globalizador, pues su interacción no sólo es posible —estamos, por lo demás, siempre dentro del ámbito del Derecho Público—, sino necesaria para articular un sistema que dé una respuesta eficaz a una auténtica exigencia de los tiempos, tal es la de un cuerpo de agentes estatales ceñidos a la legalidad y responsables de los actos que emprenden u omiten.

**Perspectivas
y Proyecciones
del Derecho
Administrativo
Argentino**

