

Proyecto de Unificación Civil y Comercial. Responsabilidad de los funcionarios públicos. Corrupción e impunidad

Por

Carlos A. Gherzi*

Sumario: 1. Introducción. 2. El fundamento constitucional de la función pública. 3. La impunidad en la función pública y la corrupción en la Argentina. 3.1. Las fechas patrias, más narrativas que contenido. 3.2. La colonización española: un traslado a América de la conformación del poder en Europa. 3.3. Los caudillos, los roles y funciones públicas. 4. La Constitución Nacional de 1853. La división del poder formal. 5. Los diversos ámbitos de la responsabilidad de los funcionarios públicos. 5.1. La responsabilidad de los funcionarios públicos civil-patrimonial frente a los miembros de la comunidad. 5.2. La responsabilidad administrativa. 5.2.1. Como proceso de destitución mediante sumario. 5.2.2. La responsabilidad administrativa patrimonial frente al Estado. 5.3. Responsabilidad penal. 5.3.1. Requisitos de preexistencia. 5.3.2. Delitos de posible comisión de los funcionarios públicos. 5.3.2.1. Desacato ante el Magistrado. Incumplimiento de deberes procesales. 5.3.2.2. Abuso de autoridad en el ejercicio de su función. 5.3.2.3. Las negociaciones del funcionario público incompatibles con su rol y función. 5.3.2.4. Exacciones ilegales por su función pública. 5.3.2.5. El delito de actuación simultánea e incompatible con su función. 5.3.2.6. Falsificación de documentos públicos. 6. Prescripción de la acción. 7. Nuestra opinión: delitos de lesa humanidad e imprescriptibles.

1. Introducción

El art. 1.765 del primitivo Proyecto de Unificación Civil y Comercial, establece: *“El funcionario y el empleado público son responsables por los daños*

* Doctor en Jurisprudencia por la USAL. Especialista en Historia de la Economía y Políticas Económicas por la UBA. Profesor Titular de Grado y Posgrado en UBA y UNLZ. Profesor de Posgrado en UNR. Profesor Permanente en Posgrado UFPA (Brasil) y UdelaR (Uruguay). Profesor Visitante de Posgrado en Panamá, Colombia, Ecuador. Profesor Titular de “Economía” en UCES. Cuenta con más de 100 obras en autoría y coautoría, 800 artículos publicados en Argentina, Colombia, Perú, Panamá, Uruguay, Ecuador y España.

causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario y el empleado público y del Estado son concurrentes”, con posterioridad el Poder Ejecutivo al enviar al Congreso el Proyecto lo sustituyó por el siguiente art. 1.766: “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 se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional, o local según corresponda”.

En cuanto al contenido de la primera norma (art. 1.765), adolece de omisiones, como por ejemplo, el daño causado al Estado por el funcionario público y la acción de repetición del Estado, etc. En cuanto a la segunda (art. 1.766), es un verdadero despropósito que solo busca la impunidad frente a los actos de corrupción de los funcionarios públicos.

Trataremos de fundar nuestra posición en el sentido de que los funcionarios públicos –especialmente los denominados **representativos y electivos**– (así como sus colaboradores, los punteros de los partidos políticos, especialmente en el partido justicialista) son responsables desde diversos lugares y espacios del derecho perfectamente autónomos y que la pretensión de derivar la responsabilidad al derecho administrativo, es no solo un aspecto, sino la búsqueda de evadir los otros campos de la responsabilidad, y dicha norma es inconstitucional.

2. El fundamento constitucional de la función pública

María Angélica Gelli, en su magnífica obra sobre la Constitución¹, al analizar el valor jurídico del Preámbulo, destaca el concepto de **“afianzar la justicia”** y **“promover el bienestar general”** como **valores operativos**, incluso reconocidos por la misma jurisprudencia de la CSJN.

En este sentido, tenemos un **principio general**: todos los funcionarios públicos tienen un compromiso en el cumplimiento de sus funciones que es **afianzar la justicia y promover el bienestar general**, lo cual implica, obviamente, la responsabilidad de sus actos y omisiones.

Esta **obligación legal** expresa, impuesta por el Preámbulo de **carácter valorativo**, no puede ser ignorada por el funcionario público (art. 923 del actual Código Civil y art. 8 del PUC y Com.).

¹ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 3º ed., Volumen I, Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 7.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que el **funcionario público** no se puede eximir de su responsabilidad en las órdenes ilegítimas dadas por el superior jerárquico: *“La demandada como empleada jerárquica detenta el derecho de examen y el correlativo y eventual derecho a desobedecer la orden. Todo funcionario o empleado a quien se le da o se le imparte una orden, por el hecho mismo de ser competente para cumplirla, si ella fuere ilegítima tiene la indiscutible facultad de examinar la legalidad, lo contrario implicaría una restitución de la repudiada obediencia debida. No se requiere pues norma alguna que expresamente faculte al funcionario o empleado para juzgar la legalidad de la orden que se haya impartido”* (Provincia de Córdoba c / Aguinis E. S. s/ ordinario. Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. 7/8/2008. MJJ37637).

El art. 1° de la Constitución Nacional establece: *“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma **representativa** república federal, según lo establece la presente Constitución”*, lo que luego se complementa con los arts. 44, Poder Legislativo; 87, Poder Ejecutivo y 108, Poder Judicial, en cuanto a **quienes** serán las personas designadas para ocupar los cargos públicos. Esta **representatividad** constituye una premisa central del sistema: todos los funcionarios públicos son **mandatarios** de los ciudadanos o del pueblo o la población argentina (a través de los órganos en los roles y funciones que ocupan).

Este razonamiento ha llevado a dos importantes juristas argentinos al siguiente razonamiento: *“el principio **representativo** está fundado en la soberanía del pueblo, del cual los gobernantes por él elegidos, son sus mandatarios, agentes o gestores”* y es el fundamento de su responsabilidad². Por su parte, Marienhoff, agrega: *“son los principios propios del Estado de Derecho los que dan fundamento a la responsabilidad de los funcionarios públicos”*³.

Sin duda los funcionarios son responsables y a esta aseveración (coincidente con los juristas citados) podemos agregar la visión administrativista y penalista, que señala la **diversidad** de ámbitos de responsabilidad.

Uno de los juristas administrativistas mas importantes de la Argentina es el Dr. José Roberto Dromi (académico que ha ocupado formal o informalmente distintos cargos en el Estado y/o asesorado a funcionarios públicos), que en su obra *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*⁴ **diversifica** claramente las distintas responsabilidades que asumen los funcionarios públicos.

² Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1947.

³ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 1998.

⁴ Dromi, Roberto José, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Madrid, Grouz, 1966.

En la pág. 166 establece textualmente: “La razón del tribunal competente que intervenga, se distingue entre **responsabilidad civil y administrativa**; la primera, tramita por **vía procesal civil y comercial** y la segunda en **vía procesal administrativa o contencioso administrativa**”. En la página anterior (165), señala: “Tradicionalmente suele identificarse la **responsabilidad civil** (una de las especies) con el género o principio general de **responsabilidad jurídica del Estado y los funcionarios públicos**”.

Para no distraer innecesariamente al lector diremos, como lo señala Dromi, que existen diversos tipos de responsabilidad de los funcionarios públicos: la **administrativa** (sumarios con sanciones diversas), **penal** (regido por el Código respectivo), **política** (dentro de los partidos) y **juicio político** (a determinados funcionarios), y en el **derecho de daños** a partir del art. 1.112 del C. C. (actual) para la reparación por el funcionario y del Estado, por esa norma y la del art. 1.113 primera y segunda parte del C. C. actual (objetiva directa e indirecta o de garantía), etc.

Ahora bien, en cada jurisdicción se ha establecido un Fuero Contencioso Administrativo (o, como denominan, “*proceso administrativo*”) a los efectos de la jurisdicción y competencia, no del contenido y fundamento de la responsabilidad. Esta depende de cada ámbito específico. Sería muy ridículo pretender que el derecho administrativo defina y fundamente los delitos de los funcionarios públicos y se los extraiga del Código penal.

Es lo que se pretende hacer ahora con la responsabilidad de los funcionarios públicos.

En el ámbito del derecho penal, el Doctor Eugenio R. Zaffaroni⁵ (Magistrado de la CSJN), en su obra Derecho Penal, Parte General, señala en la página 945 (La materia de la reparación de daños): ante esta bifurcación (la penal y la patrimonial) se ha dado una tensión respecto de la cuestión del daño, en la que pugna el poder punitivo y el derecho privado. En el medio, se halla la tesis que sostiene que cabe observar como **más prudente** mantener separados ambos modelos y por ende reservar lo punitivo para la ley penal **y considerar de naturaleza civil lo que atañe a la reparación del daño**.

Nos parece que desde la línea de pensamiento de estos cuatro importantes académicos, y algunos de ellos varias veces funcionarios públicos, está claro que el **derecho privado** debe ocuparse de la **responsabilidad de los funcionarios públicos, cuando con su accionar ilegítimo irrogan**

⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Aliaga, *Derecho Penal*, Parte General, Córdoba, Ediar, 2009.

daños a los particulares o al Estado y este último debe asumir la consiguiente reparación.

Por otra parte, no solo le cabe a los **funcionarios** la **responsabilidad** en el **ejercicio de sus funciones**, sino también la **rendición de cuentas** de cada acto en particular por el **manejo de los fondos públicos**, y demostrar la **legitimidad** de su propio patrimonio en el inicio y en el final de su función⁶, además de ser ético y moral.

La Constitución Nacional prevé dos organismos con **competencia** en el **control** de los actos de los funcionarios: el art. 85, Auditoría General de la Nación y el art. 86, El Defensor del Pueblo. Además, existen organismos provinciales de control como las Fiscalías de Estado y los Tribunales de Cuenta.

Todo ello sin perjuicio del **Juicio Político** de destitución del funcionario y el juzgamiento por los Tribunales de Jurisdicción y Competencia para la investigación de sus conductas durante y con posterioridad al mandato gubernamental.

En el ámbito nacional la Ley 24.156 sobre la Procuración del Tesoro de la Nación, con criterio unánime y continuo, ha señalado que es preciso ejercitar una **acción judicial por responsabilidad patrimonial** cuando el funcionario cause daño al patrimonio estatal (en respectiva jurisdicción de las Direcciones de Asuntos Judiciales).

La Ley 24.156 establece como obligación para la Sindicatura General de la Nación poner en conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acaecido generando significativos perjuicios al patrimonio público. Decreto 1.154/97 (informes trimestrales). Muy pocas veces estos informes dan lugar a investigaciones que ordene el Poder Ejecutivo, salvo con funcionarios de menor jerarquía que son "entregados" como valor simbólico.

3. La impunidad en la función pública y la corrupción en la Argentina

La construcción de la Nación Argentina en cuanto a la **organización** de sus habitantes y **delimitación** de un territorio, requirió de un periodo previo

⁶ Hutchinson, Tomas, Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público, RDA, Buenos Aires, Lexis, 2001, p. 89, n° 0027/000008/9: "La responsabilidad patrimonial consiste en la necesidad de realizar una prestación económica a favor, en este caso, de un ente público como indemnización de los perjuicios ocasionados por un agente público a causa de una acción u omisión. El Estado es titular de un patrimonio que la ley ha puesto en sus manos para el cumplimiento de sus funciones y servicios públicos y es lógico que quien haya causado lesión quede vinculado por la necesidad jurídica de reparar este daño". Consultar: Javier Auyero, La zona gris, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 84-96. Recomendando su lectura.

de gestación. Coincidimos con aquellos autores que sostienen que se trató de una continuidad socioeconómica, cultural y jurídica y no de una verdadera revolución.

3.1. *Las fechas patrias, más narrativa que contenido*

La narración histórica oficial y también la revisionista nos ha enseñado que la construcción de la Argentina fue un **proceso de discontinuidad histórica**, colocando al 25 de mayo como un acto revolucionario y al 9 de julio de 1816 como la Declaración de la Independencia, cuando en realidad fue solo la conformación de un **nuevo espacio propio** de un conjunto de caudillos y la elite urbana para generar sus propios negocios⁷.

Tampoco la Constitución de 1853 desde lo **sustancial** es realmente un instrumento de discontinuidad con lo existente, al menos en algunos aspectos, como señalaremos⁸. Sí, tal vez desde la formas, al establecer la **división del poder en roles y funciones**; históricamente han sido muy pocas las ocasiones y periodos gubernamentales en los que han tenido una vigencia plena, existente y real. No hay que confundir lo formal con lo sustancial.

Nuestra humilde opinión, es que hay elementos históricos, económicos, sociales y culturales que intentan demostrar, no solo que hay una **continuidad histórica** con el periodo pre-constitucional, sino que hasta el presente se verifican los elementos centrales que nos permiten decir que en la Argentina es casi imposible escapar a esa continuidad histórica-autoritaria y que difícilmente pueda funcionar la democracia sustancial. En lo que atañe a la responsabilidad de los funcionarios, siempre se ha tratado de evadirla; sin duda, lo que se pretende hacer una vez más con este art. 1766 CUC y Com.

3.2. *La colonización española: un traslado a América de la conformación del poder en Europa*

Tulio Halperín Donghi, con certeza lingüística y sobrados fundamentos de contenido, nos dice: *“En el Río de la Plata como en toda América, la colonización española vino a superponerse a poblaciones prehispanicas de agricultores*

⁷ Halperín Donghi, Tulio, *Revolución y Guerra, Formación de una elite dirigente en la argentina criolla*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, p.15.

⁸ *“La agricultura y la ganadería se desarrollaron antes de 1700 de acuerdo con el modelo español de las haciendas: latifundios dedicados al ganado y los cereales o plantaciones de cultivos orientados a la exportación. Después de la independencia de las colonias, esta característica de propiedad de la tierra es mantenida por las elites criollas”*. Lucchini, Cristina y otros, *Contexto histórico del pensamiento sociológico*, Buenos Aires, Oficina de publicaciones del CBC, 1996, p. 54.

*sedentarios sobre los cuales era posible erigir una sociedad a la vez rural y señorial, según el modelo de la Metrópoli, junto con casi toda Europa*⁹.

Desde lo **histórico** la colonización constituye una continuidad o traslado de las **instituciones** al Río de la Plata –el Cabildo, el Virrey, etc.– así como los cargos de funcionarios, **terratinentes o pseudo feudales**, que en esta parte de la tierra terminan denominándose **caudillos**.

Desde lo **económico**, se proponía un **“modo de producción”** conforme a la posibilidad del recurso natural. En el Norte, la cría de mulas y tejidos para las minas de Potosí¹⁰; en el Oeste, la yerba mate; hacia la pampa húmeda, la cría de ganado y cereales, y hacia el Sur tardó en afincarse, por el clima, la presencia de aborígenes más hostiles y contrabandistas españoles asentados del lado chileno.

Las **familias aristocráticas** venidas de España se transformaron en esos **caudillos**: los Saravia, los Arias, los Castellanos, los Trejo, etc. que se iban adueñando de las tierras a través de conformación de grandes estancias y de su modo de producción¹¹, como una repetición de la historia de España y de toda Europa¹². De esta forma, **su propio patrimonio** se iba construyendo, por un lado legalmente: se quedaban parte de la producción –remitiendo la otra parte al Rey de España–, y por otro, con el contrabando y la **“rapiña del erario público”** hacia su propiedad privada.

En lo **social** se iba produciendo la gran **división de clases**, entre aquellas familias que poco a poco consolidaban la propiedad de las tierras y su modo de producción, y los que quedaban marginados de este dominio, como los aborígenes, los gauchos, los esclavos, los mestizos, etc., que se transformaban en **“dependientes”**, ya que los caudillos les proveían la supervivencia económica cotidiana. Estos caudillos zonales son hoy reemplazados por muchos gobernadores, intendentes y punteros políticos, que realizan la misma labor y mantienen en la pobreza a gran parte de la población fortaleciendo esa

⁹ Halperín Donghi, Tulio, ob. cit., p.15.

¹⁰ Korol, Juan C y Tandeter, Enrique, Historia económica de América Latina, Problemas y procesos, Buenos Aires, F.C.E., 1998, p. 25. Entre las empresas productivas organizadas por los españoles la minería ocupaba un lugar especial. El mayor de ellos fue el de Cerro Rico de Potosí en el territorio de lo que hoy es Bolivia.

¹¹ Halperín Donghi, Tulio, Revolución y guerra, Ob. cit., 2002, pp. 19-20. Información obtenida de los libros que registran las estancias con fines fiscales.

¹² Halperín Donghi, Tulio, Proyecto y Construcción de una Nación, Buenos Aires, Emecé., 2007, p. 49. Tocó al Estado mantener los medios de producción, sobre los cuales el derechos de propiedad privada debe continuar ejerciéndose con una plenitud que no tolera ser limitada. Origen del art. 17 de la C. N.

dependencia y su poder. El neoliberalismo con su política de mercado no ha eliminado el clientelismo, por el contrario lo ha reavivado y su importancia social, política y cultural ha aumentado desde 1989 hasta 2013¹³.

Desde lo cultural, estas aristocracias conformaron con el tiempo la “*reproducción de las clases*”¹⁴ en sus descendientes, no solo con la posibilidad de estudios en España, generando una brecha cultural con los ignorantes –hijos de aborígenes; gauchos¹⁵, mestizos, etc.–, sino que además tenían asegurado hereditariamente aquellos patrimonios y el acceso al poder real.

3.3. Los caudillos, los roles y funciones públicas

El gran historiador argentino, José Luis Romero, señala que las tierras americanas son “*la segunda periferia, montada sobre un conjunto satélite de ciudades colonizadoras y de factorías mercantiles que se integraban al sistema*”¹⁶ y que se trata económicamente de la necesidad de la Corona de la percepción de la renta que obtenían por medio de los patriciados españoles y los feudoburgueses trasladados a América.

A cambio de esta **transferencia económica**, se les permitía a estos últimos la consolidación de un poder de mando como **señoríos territoriales**. De esta forma, la **aristocracia urbana** garantizaba la percepción del valor en el proceso de circulación de los bienes americanos (especialmente materias primas).

Los **caudillos** se consolidaban con el paso del tiempo **generacionalmente** en toda América hispánica, constituyendo una forma de **seudo señores feudales**, con señorío propio, poder militar o de milicias, social y en muchos casos legal –jurisdiccional–, muchos de ellos denominados luego por historiadores oficiales como próceres. Por ejemplo, Urquiza, Rosas, etc. Es precisamente

¹³ Auyero, Javier, ob. cit., y Rock, David, Argentina: A hundred and fifty years of democratic praxis, *Latin American Research Review*, Vol. 40, Issue 2, 2005, p. 221.

¹⁴ Montergous, Gabriel, *La generación del 80 y el proceso militar*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1996, pp. 7-10. Lázaro, Silvia, Estado, Capital Extranjero y Sistema Portuario Argentino (1880/1914), Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1992, p. 19.

¹⁵ Slatta, Richard W., *Los gauchos y el ocaso de la frontera*, Buenos Aires, Sudamericana, 1983, p. 23. Señalan en cuanto al origen del gaucho dos corrientes: la americanista, que enfatiza el origen mestizo de indios y españoles en la zona de frontera, y los hispanistas de raíces andaluzas o árabes de cultura ecuestre de la pampa y montando de acaballo. De todas formas el andar del gaucho es en la zona pampeana, pues hacia el norte son campesinos –especialmente Salta y Jujuy– que habitualmente cabalgan en mula.

¹⁶ Montergous, Gabriel, *La generación del 80 y el proceso militar*, ob. cit., pp. 7-10. Lázaro, Silvia, Estado, Capital Extranjero y Sistema Portuario Argentino (1880/1914), ob. cit., p. 19.

el traslado del señor feudal, que va perdiendo poder en el viejo continente a manos de la burguesía como proceso de mutación de Europa hacia al capitalismo en sus diversas formulaciones.

En este periodo pre y luego postconstitucional se consolidan estos **caudillos** entre los cuales podemos citar como notorios a: **Juan Bautista Bustos**¹⁷, en Córdoba; **Martín Miguel de Güemes**¹⁸, en el norte argentino; **Francisco Ramírez**¹⁹, en Entre Ríos; **Estanislao López**²⁰, en Santa Fe; **Ángel Vicente Peñaloza** (El Chacho) con **Facundo Quiroga**, en el oeste Riojano²¹; y el más notorio **Juan Manuel de Rosas** en Buenos Aires²².

Los **caudillos** dominaron buena parte de nuestra historia, con poder real –a veces hasta formal–, con clientelismo, poder militar y con una apropiación de

¹⁷ En Córdoba, nace en 1779 en la estancia Santa María, **Juan Bautista Bustos**, denominado el tigre de los llanos (crianza y venta de mulas para los sectores mineros altoperuanos). Fallece en 1830. Hijo de Pedro León Bustos (administrador real) y de Tomasina de la Puebla (hija de una familia acomodada de Córdoba emparentada con la familia Vélez) y nieto de Pedro Bustos de Albornoz, primer nacido en estas tierras.

¹⁸ **Martín Miguel de Güemes** (1785–1821), descendiente de Federico de Argañaraz y Murgía (fundador de la ciudad de Jujuy que pertenecía a la aristocracia jujeña) e hijo de un funcionario real, como reproducción generacional en el poder. Militar de carrera, asentado en Salta y Jujuy, se enfrenta a la clase principal por cuestiones económicas, ya que estos últimos pretendían seguir comerciando con el alto Perú en manos de los realistas. Opacado en ciertas situaciones por su hermana Macacha Güemes.

¹⁹ **Francisco Ramírez** (1786–1821), como señala María E. de Miguel, fue hijo de Gregorio Ramírez (paraguayo y pariente del marqués de Salinas) y Tadea F. Jordán (sobrina nieta del Virrey Juan J. Antonio Jordán y Vértiz), propietarios del solar número uno, principal e importante del ejido central. Como señalamos precedentemente es un claro ejemplo de una descendencia de aristócratas europeos que mutaban en derivaciones generacionales a pseudofeudales criollos. Prueba de ello es que fue designado alcalde a los 17 años.

²⁰ **Estanislao López** (1786–1838), hijo natural de Juan Bautista Manuel Roldán (familia de antiguo linaje y capitán servidor del rey en el batallón de blandengues) y María Antonia López (de descendencia paraguaya), uno de los pocos caudillos que no heredó fortuna dada su condición de hijo natural.

²¹ **Ángel Vicente Peñaloza** (1798–1863), “*El Chacho*”, subalterno –como capitán de las milicias– de Facundo Quiroga, luego coronel y general. Federal de nacimiento, pero mutado en unitario con la Coalición del Norte, convencido de que Rosas había sido responsable de la muerte de Facundo Quiroga. Resistiendo al centralismo de Buenos Aires y de Mitre, se alzó en rebelión y terminó firmando el Tratado de la Banderita, donde se le reconoció el rango de general y la amnistía para los rebeldes, lo que duró hasta 1863 cuando lanzó la segunda rebelión, siendo prisionero y muerto por las tropas unitarias.

²² El caudillo que mayor imposición tuvo en la historia del siglo XIX fue **Juan Manuel de Rosas** (1793–1877). Hombre de campo, dueño de grandes establecimientos rurales, con una enorme ventaja respecto de los demás por su posición geográfica en Buenos Aires. No participó en los primeros años de la revolución ya que estaba dedicado a incrementar su patrimonio. Recién en 1819 recibe el primer cargo como alcalde de San Vicente. Líder militar en la crisis de 1820, movilizador de fuerzas milicianas –guardia del monte– y regulares, hombre de prestigio en el ejército y defensor de los intereses corporativos ganaderos y de los saladeros.

lo público que conforma su propiedad privada. Era admitido y admirado por la población que se sujetaba a estos pseudofeudales. Al igual que en Europa, era una forma de sobrevivir para esas milicias o pueblerinos y rurales. Hoy son el clientelismo político, los subsidios, la mantención en la ignorancia, etc., los que mantienen cautiva a la población pobre y marginal.

4. La Constitución Nacional de 1853. La división del poder formal

La Constitución no escapó al reconocimiento del **territorio ocupado y su modo de producción** para cada uno de estos caudillos y su descendientes, mediante en el art. 17 de la Carta Magna (visión retrospectiva de la propiedad privada y su inviolabilidad), en concordancia con el art. 2.513 del Código Civil de Vélez Sársfield (el dominio sometido a la autonomía de la voluntad del propietario), dejando fuera del sistema a los no propietarios: gauchos²³, aborígenes, mestizos e inmigrantes trabajadores, etc.

Esa Constitución de 1853 trató de generar un cambio en el **modo** de ejercer el poder diferenciando roles y funciones y estableciendo periodos de gobernabilidad, que como modelo institucional era realmente trascendente²⁴.

Como síntesis: el Estado y los funcionarios públicos deben desempeñar sus cargos conforme a la construcción y su teleología establecida en el Preámbulo y los diversos órganos constitucionales. De no hacerlo, **dañan** el erario público y/o los derechos y garantías reconocidos a los ciudadanos y habitantes, en consecuencia deben ser responsables penal, administrativa y civilmente.

5. Los diversos ámbitos de la responsabilidad de los funcionarios públicos

Podemos señalar tres ámbitos en donde se puede ubicar la responsabilidad de los funcionarios públicos: la responsabilidad civil-patrimonial frente a los miembros de la comunidad y la responsabilidad administrativa en sus dos

²³ "Aquel jinete señor de la pampa es hoy el único desgraciado de esa tierra de sol, felicidad y de abundancia. Por eso sin duda cuando le dicen gaucho se ofende, que gaucho significa señor altanero y es vasallo, humilde y solo le agrada que le digan paisano, es decir del país, como una vizcacha o el último perro cuya madre no se conoce". D'Amico, Carlos, *Sus hombres, su política (1860-1890)*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1977, p. 24. Con esa simbología se igualaba así al aborigen, mestizo, etc.

²⁴ Roldan, Darío, Sabato, Hilda y Lettieri, Alberto (Comp.). *La vida política en la Argentina del siglo XIX, Armas, votos y voces. La cuestión de la representación en el origen de la política moderna*, Buenos Aires, F.C.E., 2003, pp. 25 y ss.

fases, como proceso de destitución mediante sumario y la responsabilidad administrativa patrimonial frente al Estado y la responsabilidad penal.

5.1. La responsabilidad de los funcionarios públicos civil-patrimonial frente a los miembros de la comunidad

El actual Código Civil posee dos normas aplicables: los arts. 1.112 y 1.113. El primero de ellos –art. 1.112 CC– no es más que la aplicación del **principio general de no dañar** y de que, de producirse el daño con responsabilidad, repararlo integralmente. En cuanto a la segunda norma –art. 1.113 CC–, cuando se fecundan los requisitos allí dispuestos (un chofer que utiliza el auto oficial en beneficio personal y produce un accidente con lesión en peatones, o directamente la responsabilidad para el órgano del Estado).

El funcionario público opera desde **órganos** del Estado, con lo cual involucra la responsabilidad de este y en forma solidaria –concurrente, dice la primitiva norma del proyecto– con la de los funcionarios.

La jurisprudencia ha sido en este sentido más que abundante: el caso **Devoto** fue un punto de partida en la historia de la Responsabilidad del Estado, por cuanto permitió salir del campo de la irresponsabilidad y se adoptó el fundamento de la Responsabilidad Estatal en principios de Derecho Público, en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional (igualdad ante las Cargas Públicas y garantía de la propiedad privada).

En el fallo **“Tomás Devoto y Cía. Ltda. S A”**, la Corte dio por probada la **negligencia o culpa de los empleados** en el origen del incendio del campo, y consideró en definitiva que la responsabilidad se extendía al Estado por ser la persona bajo cuya dependencia se encontraban los autores de los daños, lo que hacía aplicables los artículos 1.113 y 1.109 del Código Civil.

En una sentencia posterior, en el denominado caso: **“Ferrocarril Oeste c/ Prov. de Buenos Aires”**, la CSJN reconoció la responsabilidad de la Provincia demandada por la expedición defectuosa de un certificado del Registro de la Propiedad, en virtud del cual se realizó una operación de compra venta, que produjo daños al adquirente, al dar margen a que se promoviera contra él una acción reivindicatoria por el verdadero propietario del inmueble. Aplicando los arts. 625, 630, 1.112 y 1.113 del C.C.²⁵

²⁵ “... En principio quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que ocasionare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los artículos 625 y 630 del Código Civil). Si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el Derecho Público, la regla fundada en razones de justicia y equidad, debe tener también aplicación en este género//

La Responsabilidad indirecta se aplicó hasta 1985, respecto de aquellos actos y hechos considerados ilícitos, y en el caso **“Zerra, c/ Provincia de Buenos Aires”**²⁶ la CSJN volvió a invocar el art. 1113 del Código Civil para hacer responsable a una Provincia por los daños causados por un **agente** de la policía provincial declarado culpable de un homicidio culposo cometido mientras desempeñaba un acto de servicio.

En nuestra opinión, el caso **“Vadell”** es el más ilustrativo del tema: la responsabilidad por falta se sustenta en nuestro derecho positivo, en el art. 1.112 del Código Civil, en tanto establece la responsabilidad de los **funcionarios públicos** por el irregular cumplimiento de sus obligaciones. Sostuvo con base en la **teoría del órgano** que la responsabilidad estatal no es indirecta sino directa, pues los funcionarios no son sujetos dependientes de la Administración sino del órgano y aquella se asienta en la idea objetiva de la falta de servicio.

La responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos, es decir, los agentes con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños, quedó así consolidada: es siempre una **responsabilidad directa**, fundada en la idea objetiva de falta de servicio, aun cuando no excluye la posibilidad de que se configure la **falta personal del agente público**.

Podemos establecer sin temor a equivocarnos que el caso **“Vadell”** determina la Responsabilidad del Estado por su actuación ilícita, de tipo directa, pues la actuación de sus **funcionarios y empleados** se explica a través de la teoría del órgano.

Completando el concepto se trata de un **responsabilidad objetiva**. No resulta necesario demostrar la culpa del funcionario para que sea viable el deber estatal de resarcir, sino la falta de servicio, originada en el funcionamiento irregular o defectuoso del sistema u organización administrativa, sin perjuicio de las responsabilidades del funcionario público.

///de relaciones, mientras no haya una previsión legal que lo impida, ya que “haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado haya sido expedido” habrá por lo menos una conducta culpable en el personal, que en el desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño que se trata, siendo así de aplicación al caso de los artículos 1.112 y 1.113 del Código Civil. “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”.

²⁶ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación T 300 pág 639: *“Sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiese caber al Estado por el acto de sus dependientes o bien por los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cometido, el agente o funcionario que incurrió en culpa o negligencia es personalmente responsable frente al damnificado por el daño ocasionado”.* *“Fernández, R.M c/ Galarza de la Cuesta y otros/ daños y perjuicios”.* JA, CF G313292-20-03-01, C.N.C., Sala G.

Podemos concluir que el artículo 1.113 del Código Civil, supera la valla que el artículo 43 del mismo Código imponía para responsabilizar a las personas jurídicas por los daños provenientes de cuasidelitos. De tal forma que la **responsabilidad de los funcionarios y del Estado** está indisolublemente unida frente al dañado, pero conceptualmente son autónomas.

De esta forma el Estado y los funcionarios públicos responden por los daños causados a particulares –personas o empresas– a los que deben reparar económicamente y extrae–económicamente; así como también cuando dañan al patrimonio del Estado no solo deben devolver el producto de la corrupción, con intereses financieros, sino además reparar los daños socioeconómicos de uso alternativo de ese patrimonio como proyecto social (construcción de escuelas, hospitales, etc.).

La jurisprudencia en el caso Cromagnon ha establecido claramente el procesamiento por incumplimiento de los deberes de funcionario público: *“Decretar el procesamiento de Alejandro Roberto Cano, como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y se dispusiera el embargo de sus bienes hasta cubrir la suma de \$100.000...”* (caso Cromagnon).

5.2. La responsabilidad administrativa

En general todos los funcionarios desarrollan sus actividades dentro de lo que vulgarmente podemos denominar la administración pública, de allí entonces que uno de los ámbitos donde debemos analizar la responsabilidad de aquellos es el derecho administrativo.

5.2.1. Como proceso de destitución mediante sumario

El funcionario es un mandatario que se incorpora a los órganos del Estado y que debe cumplir en función de su competencia sus actividades, y de no hacerlo estará sometido a un **sumario** que investigará su conducta y procederá a determinar su grado de responsabilidad, con las sanciones que correspondan.

5.2.2. La responsabilidad administrativa patrimonial frente al Estado

Cuando los actos u omisiones de los funcionarios públicos lesionan los intereses económicos del Estado (como el erario público) la responsabilidad administrativa es reparatoria del patrimonio público.

Cabe recordar lo decidido por la jurisprudencia: *“Resulta procedente a acción de responsabilidad iniciada por el Estado provincial contra una funcionaria*

pública que pagó a terceros por servicios o bienes no prestados ni entregados por aquellos, desplegando una conducta negligente en los deberes inherentes a su cargo pues si bien el funcionario público posee un espacio importante de libertad de decisión cuenta también con una actividad regulada por las leyes y allí debe obrar sabiendo que si ha cometido un error de conducta, sería juzgado y sancionado por no haber obrado como un hombre prudente, honesto y respetuoso de sus semejantes debió hacerlo” (C. Apelaciones en lo C. y Com. Córdoba. Autos “Provincia de Córdoba c / A. E. S”. LLC 2008, septiembre, 894).

En este sentido, debemos tener en cuenta el daño que generó en el patrimonio público, que abarca diversos rubros:

A. El **daño emergente**, es decir la privación al erario publico de derechos económicos patrimoniales (en general dinero), considerado a **precios constantes** al momento que se ordene su devolución con los **intereses a tasa financiera** (como se endeuda la Argentina).

B. El **lucro cesante-social**, es decir qué rentabilidad social hubiera significado ese patrimonio sustraído.

C. El **derecho de chance**, a qué destino prioritario **alternativo** se podía haber aplicado ese patrimonio-dinero (escuelas, hospitales, etc.) que se dejaron de hacer.

D. Por último la estimación del **daño moral colectivo**, causado a la frustración de **confianza pública**.

5.3. Responsabilidad penal

Dividiremos en dos partes el análisis: en la primera, los requisitos de preexistencia y en la segunda, posibles delitos en especial²⁷.

5.3.1. Requisitos de preexistencia

La conducta del **funcionario**, cumpliendo su función pública en su cargo, puede incurrir en algunos de los **tipos penales (comisión de un delito)**, por lo cual puede acaecer su correspondiente **sanción punitiva**.

²⁷ La determinación de la responsabilidad penal es tarea indelegable de los Jueces, que deben ejercerla guiados por el método de la sana crítica racional con arreglo a las previsiones que a tal fin impone el art. 346 del Cód. Procesal en materia penal (Corte Suprema Ferradas, Eduardo s/ Lesiones, Fallos T.318, p. 900).

En primer lugar, debemos establecer los **condicionantes o presupuestos** de carácter fácticos y jurídicos comunes a los distintos tipos especiales regulados en el Código Penal.

Estos requisitos de preexistencia son:

A. **Su calidad de funcionario** (con o sin título habilitante o idoneidad conforme los requisitos del cargo).

B. **Su designación como funcionario público** (acto formal), en el sentido comprendido dentro del **art. 77 párrafo 3° del Código Penal**: *“Por los términos funcionario público y empleado público, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de las funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”*²⁸.

C. Que la designación sea para un **determinado cargo** (ejecutivo, legislativo y/o judicial).

D. **Aceptado y jurado desempeñarla con lealtad y fidelidad dicho cargo público.**

E. Que hayan **desarrollado su rol dentro de la competencia de sus funciones.**

En algunos cargos públicos es esencial el **conocimiento científico** mediante un título habilitante (Magistrado) y en otros **idoneidad y/o conocimientos especiales** en el cumplimiento de su función (aun cuando sostenemos que todos los funcionarios públicos debieran estar obligados a realizar la graduación en carreras gubernamentales para generar equipos técnicos de alta eficiencia).

En suma, el **funcionario público** está sometido al cumplimiento de un **rol** que de incumplirse, creando un daño jurídicamente y configurando el tipo penal requerido para la comisión del delito (delitos de acción y/u omisión), será investigado en cada caso en concreto.

5.3.2. Delitos de posible comisión de los funcionarios públicos

²⁸ *“El deber que tiene todo aquel que ejerce una ocupación pública es primariamente un deber de servir a todos los que forman parte del público... Es en cierto modo difícil ubicar este excepcional deber en nuestro sistema jurídico... La verdad es que la obligación que tiene quien ha asumido en cumplimiento de un deber público”. Hohfer, Warner N., conceptos jurídicos fundamentales, Ciudad de México, Fontamara, 1992, p. 77.*

Podemos señalar a modo de ejemplo los siguientes:

5.3.2.1. Desacato ante el Magistrado. Incumplimiento de deberes procesales

El Código Penal, en el Título 11: Delitos Contra la Administración Pública, Capítulo Primero (atentado y resistencia a la autoridad), el art. 243 establece: *“Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar declaración o exposición respectiva... En el caso del funcionario público, se impondrá además al reo, inhabilitación especial de un mes a un año”*.

La citación judicial debe ser hecha con la **advertencia** que establece el art. 243 (o simplemente, debe ser transcrito) pues pensamos que de no haberse hecho el apercibimiento solo cabrán sanciones procesales, patrimoniales o administrativas, ya enunciadas ut-supra, pues la idea central en el caso de este delito es **oponerse a la autoridad**, especialmente a una orden concreta del Magistrado.

La desobediencia del funcionario público puede ocasionar daños económicos al erario del Estado que no permite la investigación de esos delitos, con lo cual será responsable penalmente.

5.3.2.2. Abuso de autoridad en el ejercicio de su función

El cargo del funcionario público, le permite realizar actos para el cumplimiento de su función, sin embargo, también posee límites en el ejercicio de tales derechos que al no cumplirse pueden constituir el delito de abuso de autoridad tipificado en el art. 249 del Cód. Penal: *“Será reprimido con multa de... e inhabilitación especial... el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare o retardare algún acto de su oficio”*.

El **sujeto activo** es, naturalmente, el funcionario público y en cuanto al **sujeto pasivo** consideramos que son dos, por una parte el **Estado**, en cuanto a que un funcionario público actúa en abuso en representación del Estado y reviste la confianza del Ciudadano m/ habitante, comprometiendo la **responsabilidad del Estado**, y por otro el **particular** y la **sociedad** sobre los cuales produce el perjuicio.

En cuanto al **acto**, se trata de una conducta del funcionario público, que se tipifica en la figura penal; es decir, omitir, retrasar o rehusar algún acto de su cargo y en su función de forma tal que colisiona con el derecho de un particular o el Estado mismo.

El tipo penal se fecunda también a través de la omisión como figura especial de abuso: el funcionario que rehúsa realizar determinado o retarda u omite

algún acto de su función pública en el cometido de su tarea y lesiona intereses particulares o del Estado. Se trata de una omisión (causal) como representativa del abuso, en **relación** con el cumplimiento de una función pública.

La jurisprudencia ha condenado por este delito: “El art. 144 bis inc. 3° del Cód. Pen. prevé modalidades comitivas a) se parte del supuesto de determinados procedimientos llevados a cabo por funcionarios públicos en uso abusivo, desmedido e ilegal de sus facultades, en detrimento y violación de los derechos de que gozan los detenidos...” (C.P.O.G. s/ recurso de casación. Cámara de Casación Penal. Sala III, 7/03/2007– MJJ12624).

5.3.2.3. Las negociaciones del funcionario público incompatibles con su rol y función

El art. 265 del Cód. Penal establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el funcionario público que directamente, por persona interpuesta o por acto simulado se interesó en cualquier contrato u operación en que intervenga por razones de su cargo. Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarios o concursos”.

La **confianza** que coloca el Estado en la designación de los funcionarios públicos y en el desarrollo de la función constitucional, sin duda, es el primer elemento en la construcción del Estado a resguardar²⁹.

Con su conducta, el funcionario público vulnera la eficiencia de la función que debe tener su cometido y pretende derivar recursos económicos en favor de alguna parte.

Debe ser necesariamente económico (en forma inmediata o mediata) o puede ser otro tipo de interés, verbigracia, obtener alguna influencia de la parte favorecida en una licitación.

El Profesor Sebastián Soler, siguiendo a los italianos, manifiesta que debe admitirse un sentido amplio del concepto de interés (en el segundo sentido, que se menciona en el párrafo anterior), en cambio la doctrina francesa se expide por una interpretación extrema, debe ser de interés pecuniario³⁰.

²⁹ Weingarten, Celia, *La confianza en el sistema jurídico*, Santiago de Chile, Cuyo, 2ª ed., 2003, p. 83.

³⁰ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, Buenos Aires, TEA, 1963, p.189.

Entendemos que si bien debe ser un **interés económico**³¹, este puede ser inmediato o mediato, o una influencia que represente una ventaja económica, etc., es decir, el interés económico realizado a través de un abanico de posibilidades y puede ser en beneficio propio, o en beneficio de una persona ligada al funcionario (familiar, etc.), pero que la **causalidad** del interés económico esté directamente vinculada con el hecho (incluso la obtención futura de trabajos profesionales, como asesores de las empresas que licitan con el Estado, etc.).

5.3.2.4. Exacciones ilegales por su función pública

El art. 266 del Cód. Penal establece: *“Será reprimido con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que abusando de su cargo solicite, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente por sí o por interpósita persona una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden”*.

Puede tratarse de un **acto de corrupción** donde funcionario y beneficiado **acuerdan un pago** por la realización con un fin determinado de la función en beneficio de este último o la exacción, donde el perito directamente **obliga** a la parte a la contribución económica, sin dejarle salida posible (para beneficiarla o simplemente para no perjudicarla), en donde el funcionario busca simplemente obtener un beneficio económico para sí³².

En la primera descripción, hay un **acto concertado y bilateral ilícito**, y en la segunda descripción, un **acto extorsivo unilateral**, pero desde el delito cometido por el funcionario esta diferencia no hace al tipo penal que se fecunda de ambas formas.

Respecto a la finalidad del beneficio, la Ley establece diversas maneras: contribución, derecho o dádiva o mayores derechos de los que le corresponden (se trata de elementos que no tienen derecho a obtener).

31 Preferimos el término económico y no patrimonial, ya que el primero es el género y representa un abanico mayor de posibilidades, así por ejemplo un derecho económico en expectativa.

32 *“La esencia del problema, o sea que la utilidad económica no explica todo sobre la corrupción: y el resto lo explica no el “costo moral”, sino la lucha por el poder y los vínculos sociales –no solo morales– a los que la institucionalización da vida. No es que no existan frenos morales; existen, pero sobre todo mezclados con el temor al castigo. No es que no existan “fidelidades morales de facción”:* basta pensar en el espíritu de cuerpo de las grandes instituciones formadoras de las clases dirigentes francesas o anglosajonas, o en la ideología –que deviene moral– de algunos partidos o de algunas asociaciones. Pero las *“fidelidades morales de facción” no están en condiciones de quebrar la uniformidad social de la corrupción como fenómeno extendido y generalizado. Ella se afirma más allá de tales fidelidades”*. Sapelli, Giulio, *Cleptocracia*, Buenos Aires, Losada, 1998, p. 80.

El delito se ve **agravado** en la figura del art. 267 del Cód. Penal cuando añade al mismo la intimidación; la invocación de orden superior o mandamiento judicial u otra autorización legítima. En este supuesto hay una mayor sanción.

5.3.2.5. El delito de actuación simultánea e incompatible con su función.

El art. 274 del Cód. Penal establece: *“Será reprimido con multa... e inhabilitación especial... el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier modo perjudicare deliberadamente la causa que le estuviese confiada”,* y agrega el art. 272 del mismo cuerpo legal: *“La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades”.*

El bien jurídico tutelado sigue siendo el Estado y la **correcta**, imparcial y adecuada Administración Pública en general como espacio esencial en el manejo de la cosa pública, pero ahora en forma directa: la **calidad de la designación y el ejercicio concreto de la función** que debe ser ética, moral, con honestidad, legalidad, rectitud en el funcionario y en el preciso acto de cumplimiento dentro de su competencia.

El tipo penal implica que un funcionario siendo designado debe tener **imparcialidad**, no puede ser a su vez asesor o haber sido perito consultor, con lo cual establece una doble situación que lo incompatibiliza para ejercer su función con ética, rectitud, etc. (actualmente por este delito se encuentra investigado el vicepresidente Boudou en relación al “*caso Ciccone*”).

5.3.2.6. Falsificación de documentos públicos

Todas las actividades que realiza el funcionario público generan **documentos públicos** por diversas razones:

- A) se trata de instrumentos emanados de un funcionario público;
- B) es un documento que es realizado en la gestión pública concreta;
- C) debe poseer formalidades que prevé el reglamento de actos de la Administración Pública; etc.

En este sentido (como documento público) goza de los caracteres esenciales de: **autenticidad, veracidad y fidelidad y la confianza colectiva de la sociedad.**

Desde la **falsedad**, podemos distinguir dos subespecies: **el documento apócrifo y el documento falso**.

La pericia **apócrifa** o con documento apócrifo sería aquella que no puede ser atribuida a un autor material y/o intelectual, tanto expresa como implícitamente y el **documento falso**, en cambio, es aquel que se confecciona sustituyendo los hechos, actos, registraciones, etc., es decir, existe una vulneración a la narración o descripción de los antecedentes.

El Código Penal se ocupa especialmente en los arts. 292, 293, 294 y 296³³, tipificando el delito de documento falso o adulterado; la agravación de la pena cuando se trata de un documento público, la falsedad ideológica, la supresión o destrucción del documento y el uso del documento falso o adulterado. Por último, el art. 298 del Cod. Penal³⁴ establece la agravación de la pena cuando el delito es ejecutado por un funcionario público.

Los documentos emanados del funcionario son **instrumentos** emanando de un **sujeito designado**, que está obligado por una **resolución/decreto/acto eleccionario, etc.** a realizar actos y documentarlos, conforme a su **rol y función**.

El primer delito que podemos identificar es el de **falsificación ideológica**, que por ejemplo sería aquella situación en la que el documento si bien está suscripto por el funcionario designado, no ha sido confeccionado por el mismo, sino que ha sido realizado por otra persona. Se trata de la asignación del acto a un sujeto que no lo realizó.

³³ Código Penal, art. 292: "El que hiciere todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento privado. Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años. Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento".

Art. 293: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de tres a ocho años".

Art. 294: "El que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos".

Art. 296: "El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere el autor de la falsedad".

³⁴ Art. 298: "Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo de la condena".

Otro supuesto puede ser cuando el funcionario ha falseado los hechos, actos, etc., es decir, intenta acreditar hechos o actos inexistentes o modificar los existentes conforme a un interés determinado.

Entraña un tipo penal de peligro, e incluye la posibilidad de coautores, investigadores y cómplices, que de acuerdo con las normas del Cód. Penal y Civil, también serían responsables.

Al tratarse de un **documento público**, el sujeto (funcionario público) lo incorpora al ámbito público y en este sentido, ya existe un perjuicio concreto a la administración, es decir, lesiona la buena fe pública.

La incorporación de un documento falso a un expediente judicial constituye el **uso de un documento falso o adulterado** y que puede constituir una **estafa procesal**, art. 172 del Cód. Penal, sin perjuicio que debemos aclarar que los delitos de falsedad ideológica y uso procesal son excluyentes, no pudiéndose imputar al mismo autor. En suma, solo hemos querido mostrar algunos de los delitos en los que puede incurrir el funcionario público.

La jurisprudencia ha condenado también por administración fraudulenta: *“Defraudación por administración fraudulenta. Miembros del Directorio del Banco Provincia de Buenos Aires. Concesión de créditos sin evaluar la capacidad de pago, ni exigir el cumplimiento de las normas establecidas por la entidad bancaria representada y las emanadas del Banco Central de la República Argentina. Afectación de los intereses públicos administrativos”* (Frigeri, Rodolfo procesamiento, CNCRM y CORREC-13/10/2006).

6. Prescripción de la acción³⁵

Cabe advertir que, ante la falta de regulación especial en la materia, ni la doctrina ni la jurisprudencia resultan unánimes, en cuanto al cómputo del plazo de prescripción, ni en cuanto a si debe aplicarse a la materia el art. 4.023 o 4.037 del Código Civil.

La Responsabilidad del Estado por actividad extracontractual, puede ser legítima o ilícita. En un principio la Corte sostuvo en el caso *“Laplacette”*, que debía aplicarse la norma del art. 4.023 (en su redacción original), pero con el plazo de 20 años por tratarse una acción entre ausentes. Luego en el fallo *“Cipollini c/ DNV”* el Tribunal modifica el criterio y sostiene que debe aplicarse

³⁵ Ghersi, Carlos (Dir.) y coautores, *Prescripción. Caducidad de derecho y caducidad de instancia*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

la norma del art. 4.037, que determina en dos años el plazo de prescripción de la acción de daños por responsabilidad civil extra contractual.

Dicho cambio, según la CSJN, se justifica en que la redacción del art. 4.037, luego de la reforma de 1968, es más amplia y abarca toda acción por Responsabilidad extra contractual.

A tal postura se han efectuado numerosas críticas por autoriza doctrina, que reconoce como exponente entre otros a Bianchi y Cassagne, que entienden que el plazo de prescripción debería ser el de diez años, en virtud de la falta de una norma específica en la materia.

Amén de ello, la responsabilidad extra contractual, a la que se refiere el art. 4.037 del Código Civil, se refiere a un supuesto de responsabilidad extra contractual específico, como es la Responsabilidad Civil derivada de un acto ilícito, basada primordialmente en la ilicitud subjetiva, mientras que en el derecho administrativo la responsabilidad extra contractual no se vincula con la idea de culpa sino con la de ilegitimidad objetiva, por tratarse como se dijera de una responsabilidad de tipo directa y objetiva, que reconoce como factor de atribución la *"falta de servicio"* conforme lo normado por el art. 1.112 del Código Civil.

El plazo de prescripción deberá computarse a partir del momento en que el acto administrativo sea declarado inválido por acto administrativo firme o sentencia judicial, ello como consecuencia de la presunción de ilegitimidad de la que gozan los actos administrativos.

De allí pues que las actuaciones administrativas practicadas con intervención de órganos que posean competencia producen la suspensión de los plazos de prescripción, cuyo cómputo se reinicia a partir del momento en que quede firme el acto que declara la caducidad del pertinente procedimiento administrativo (art. 1º inc. c de la Ley 19.549).

En el ámbito penal es muy común que los funcionarios públicos procesados mediante maniobras legales o semilegales y algunas antijurídicas (robo de expedientes) hagan que sus causas prescriban.

La CS de la Provincia de Buenos Aires se ha expedido respecto de la responsabilidad extra contractual del Estado. Obviamente repercute en la acción contra los funcionarios públicos: *"este máximo tribunal basa la postura en la idea objetiva de falta de servicio –art. 1.112 del C.C.– lo que pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado"*. Sánchez S. A. c/ Alcocer, Bernabé y otros, Daños y perjuicios, 19/02/2202– causa 72.067. (Inédito).

7. Nuestra opinión: delitos de lesa humanidad e imprescriptibles

La Argentina firmó la Convención Contra la Corrupción el 26 de marzo de 1996 y la ratificó el 17 de enero de 1997, por lo cual es derecho vigente.

La Convención encuadra como **“funcionario”** alcanzado por la misma, a cualquier funcionario o empleado del Estado, por su parte como **bienes públicos** a los activos de cualquier tipo y como **acciones de corrupción** (Art. 4): requerimiento o aceptación directa o indirecta... de cualquier artículo de valor; realización por parte del funcionario de actos u omisiones con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí o para terceros; aprovechamiento doloso u ocultación de bienes; participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o cualquier otra forma de comisión, tentativa... asociación o confabulación, etc.

Por su parte, la Legislación Interna que es complementaria establece en el Código Penal Título VIII (Delitos contra el orden público), Título IX (Delitos contra la seguridad de la Nación), Título XI (Delitos contra la Administración Pública) y Título XII (Delitos Contra la Fe pública).

El delito de **traición**, como generación de deuda externa que permita someter a la Nación a una potencia u organismo extranjero o internacional y/o generación de deuda interna que permita someter el Estado a grupos económicos y **atentado contra la vida democrática y orden constitucional**, mediante... *“abrogar derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar aunque sea temporariamente la independencia económica de la Nación...”* (especialmente en lo concerniente a intereses económicos colectivos que posibilitan el bienestar establecido en el Preámbulo Constitucional y que en la actualidad no son cumplidos. Baste solo leer los índices oficiales de pobreza e indigencia que determinan marginación y exclusión social).

Es lo que Bernard Williams³⁶ denomina los **delitos de manos sucias** que rompen el **compromiso** con la sociedad, utilizando medios públicos para fines particulares propios o de terceros, que en determinados casos se asumen a favor de determinados grupos económicos para obtener posiciones políticas de poder (incluidos los sindicatos, mediante dádivas personales o corporativas en desmedro de otros).

Las empresas involucradas –con socios ocultos– se incorporan en el círculo de la corrupción y se constituyen en empresas mafiosas por acción u omisión que

³⁶ Bernard Williams, La política y el carácter moral, en Stuart Hampshire (Comp.), *Moral pública y privada*, México, F.C.E., 2005, p. 72.

destruyen la competencia del mercado (obras públicas, etc.), generando una anomía en el centro de institucionalización del sistema legal (son de apariencia legal)³⁷.

También se constituyen en **organizaciones criminales**³⁸ o lo que se denomina el **delito organizado** cuando la corrupción se produce por estrecha vinculación entre funcionarios públicos. Existe obvio un organizador (en general el político o funcionario de mayor jerarquía) que incluye a otros funcionarios con la lógica de incorporarlos para su silencio y simultáneamente constituir una red difícil de penetrar.

El Estado es el lugar común donde los funcionarios accionan con cobertura legal en fondos reservados, decretos de necesidad y urgencia con fondos sin destino específico, etc.

En este mismo sentido es lo que se denomina **la balcanización política**, esto constituye la ocupación del Estado por un grupo de funcionarios que detenta poder cuyos componentes ya no son fieles a los ideales de ese Estado, sino a los suyos propios y esto ocurre tanto en los procesos autoritarios como en los democráticos³⁹.

Como señala Andrea E. Lobato⁴⁰ (Derechos Humanos y Apropiación Extorsión), comentando un fallo en Córdoba, donde se trata de bienes privados, estos deben entonces ser regulados por la legislación interna y no son **crímenes de lesa humanidad**. Pero interpretamos a *contrario sensu* que, cuando se trata de apropiación directa o indirecta de bienes públicos o simplemente favorecerse o favorecer a terceros en el enriquecimiento por la función, constituyen delitos de lesa humanidad, ya que son realizados por funcionarios públicos, afectan bienes públicos y dañan intereses colectivos.

Dicho en palabras de Vannucci⁴¹: *“la corrupción se produce y produce mecanismos oligárquicos fuertemente localizados (obras públicas, negocios internacionales de deuda pública, etc.) de tal forma de unir la sociedad económica*

³⁷ Veblen, T., *La teoría della classe agiata, Estudio económico sulle istituzioni*, Turín, Uter, 1989, pp. 85-87.

³⁸ Font, Enrique y Ganón, Gabriel (Dir.), *Criminología crítica y control socia. Orden o justicia. El falso dilema de los intolerantes*, Rosario, Juris, 2008, pp. 153 y ss.

³⁹ Sapelli, Giulio, *Cleptocracia*, ob. cit., p. 17.

⁴⁰ Travieso, Juan Antonio, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derechos humanos y garantías*, p. 259 y Lobato, Andrea, *Crimen de lesa humanidad*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

⁴¹ Vannucci, A., *La realta económica della corruzione política analisi di un caso*, Milán, Statu e Mercato, 1992, p. 34.

y la sociedad política construyendo mercados de aparente institucionalización pero de ilegalidad subterránea”.

En nuestra humilde opinión, **los delitos de corrupción⁴²** constituyen **traición a la patria** por afectación de **los bienes públicos, abuso de función y daños a los intereses colectivos**, por lo cual resultan también **imprescriptibles**.

⁴² Ghersi, Carlos, *Corrupción, Análisis económico, social y jurídico*, Buenos Aires, La Ley, Diario 20-N-8- 2010.